

SIETE CUESTIONES SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL DERECHO INTERNO Y SU APLICACIÓN AL ORDENAMIENTO BRASILEÑO¹

ITZÍAR GÓMEZ FERNÁNDEZ*

RESUMEN

Los ordenamientos internacional y nacional sufren influencias mutuas en la medida en que pueden llegar a actuar sobre sujetos, situaciones y territorios idénticos y de forma simultánea. Por esa razón, y para evitar el planteamiento de conflictos interordinamentales abiertos e irresolubles, es preciso determinar de forma clara los modos de incorporación de las fuentes externas al ordenamiento interno, la posición que esas fuentes ocupan en relación con las disposiciones constitucionales y las disposiciones de rango infraconstitucional y los mecanismos de control para garantizar el cumplimiento de las pautas de incorporación y posición del derecho

1 Profesora de la Universidad Carlos III de Madrid. El texto de este artículo se basa en el contenido de sendas clases impartidas en diciembre de 2004 en Brasil, en la Instituição Toledo de Ensino (Bauru), y en la Universidade Federal do Para (Belem), en desarrollo de las actividades enmarcadas en el proyecto de investigación "Justicia Constitucional en Iberoamérica (Ref. BJU2001-1372)". La autora quiere expresar su más profundo agradecimiento a los integrantes de ambas instituciones y en especial a los profesores Luis A. Araujo y Antonio Gomez Moreira Maués, a quien agradezco además sus observaciones sobre la primera versión de este artículo y su apoyo constante en este y otros proyectos.

* Ayudante doctor en el área de derecho constitucional del Departamento de Derecho público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid y miembro del Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid.

internacional en relación con el derecho nacional. Evidentemente los modelos son muchos y podrían ser muchos más. Lo interesante es observar las ventajas e inconvenientes de las fórmulas utilizadas con más frecuencia en el Derecho Comparado y tratar de identificar en un ordenamiento, en este caso el Brasileño, los modelos o fórmulas descritos con carácter general para concluir tal identificación con la calificación del sistema brasileño como un ordenamiento abierto al derecho internacional o como un sistema cerrado a la influencia de las fuentes externas.

Palabras clave: Tratado Internacional. Constitución Nacional. Control de constitucionalidad de tratados. Principio de “internacionalidad”. Jerarquía. Supremacía. Conflicto entre ordenamientos. Jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal. Incorporación de tratados.

1 INTRODUCCIÓN

1. Uno de los síntomas o de las consecuencias –no tengo clara la conexión determinista en este punto–, de la era de la globalización en que vivimos es una expansión del sistema internacional de organización de las naciones sin precedentes históricos, de modo que incluso podría hablarse de una suerte de globalización jurídica. Así, un número ingente de organizaciones internacionales de tipo gubernamental –junto a otras no gubernamentales–, surgen por doquier para ocuparse de los temas más variados, desde el comercio y la economía, evidentemente, hasta la cultura, la educación, la protección a la infancia, el medio ambiente, etc... A su vez los Estados, en el ámbito de las organizaciones o fuera de ellas, cada vez son más interdependientes y gestionan esa dependencia mutua a través de la firma de acuerdos internacionales bilaterales o multilaterales. Y no sólo eso, sino que algunos de esos acuerdos van a dejar atrás el método tradicional de la cooperación internacional para situarse en el ámbito de la integración supranacional.² En una situación del género, tenían que surgir por fuerza voces que hablaran de la crisis del Estado-Nación tradicional³ y que plantearan la necesidad de modificar los paradigmas conceptuales cuando se tratase de hablar, por ejemplo, de la soberanía. En

2 Modelo que supone que mediante la firma de un tratado de integración se cederán competencias propias del Estado a una organización interestatal que las gestionará a través de los instrumentos jurídicos necesarios al efecto. En torno a las diferencias entre los procesos de cooperación internacional, y de integración supranacional comunitaria PÉREZ TREMP, P.: “El concepto de integración supranacional en la Constitución”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 13, septiembre-diciembre, 1992, pp. 103 y ss.

3 Se refiere a la crisis del Estado- nación en general CORCUERA ATIENZA, J.: *Los nacionalismos: globalización y crisis del estado-nación*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999; y a la misma crisis en relación con el

este punto, la reflexión que se desarrollará en las siguientes páginas pretende mostrar que el diseño de las relaciones entre fuentes internacionales y fuentes internas adquiere efectivamente matices nuevos a la luz de las actuales circunstancias, pero que esos matices no fuerzan necesariamente –aunque podrían llegar a hacerlo en el futuro– un cambio radical de paradigmas jurídicos, sino una adaptación de los vigentes hasta ahora. Esta reflexión se llevará a cabo a partir del planteamiento y solución de unas pocas cuestiones que, sin embargo, son clave y que están vinculadas al modelo de relaciones existente entre Derecho Internacional y Derecho Interno. Desde ese punto de partida de los modelos teóricos generales, se pasará a la ejemplificación en sede del ordenamiento jurídico brasileño.

2 ¿QUÉ NORMA DEBE FIJAR ESAS RELACIONES? LA CONSTITUCIÓN

2. Si se considera el actual estado de desarrollo del sistema internacional de fuentes, es más, si se considera que existen dudas incluso en torno a la propia existencia de tal sistema como ordenamiento jurídico,⁴ la norma más adecuada para determinar el modelo de relación⁵ entre fuentes de origen externo –que resultan de la actividad exterior de los Estados– y fuentes de origen interno se situará en el propio ordenamiento nacional, en cuyo seno la norma más apropiada para fijar estas relaciones es la Constitución.

Las razones de esta afirmación son esencialmente dos:

- a. La Constitución es “norma de normas”⁶ de modo que una de sus finalidades es fijar los términos de validez, vigencia y solución de antinomias

proceso de integración europeo VILLACANAS, J.L.: “Crisis del Estado nación y construcción europea”, contenido en la obra *En torno a Europa*, Fundación para el Análisis y los Estudios sociales, Madrid, 2003, p. 13 y ss.

4 Hay un buen número de autores que aseguran que es una contradicción hablar de *ordenamiento jurídico internacional*, o incluso de sistema de fuentes, porque ambos términos implican la existencia de cierto orden o sistemática en la relación entre las fuentes, orden y sistemática que no se dan efectivamente en el mundo jurídico internacional. Por todos estos autores baste citar MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 2ª Ed. Mc Graw Hill, 1999, p. 168.

5 A este tipo de relación la denominaríamos “interordinamental”, puesto que se establece entre normas procedentes de distintas categorías de fuentes, o dicho de otro modo, que tienen su origen en ordenamientos distintos en la medida en que las instituciones que las crean no se ubican en la misma estructura de poder. Junto a este tipo de relaciones se encontrarían las relaciones internormativas, que podrán establecerse entre las disposiciones integrantes de la misma categoría de fuentes. Véase al respecto GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 39 y 40.

6 DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel, Barcelona, 1995, p. 87.

de las disposiciones que actúan en el mismo tiempo y lugar que ella misma, ya se trate de preceptos de origen externo o de origen estrictamente interno. Esta naturaleza de norma *normarum* le permite establecer, como se verá más adelante, el modelo de incorporación de las fuentes externas al ordenamiento nacional y las relaciones de esas fuentes de origen externo con las de elaboración estrictamente interna.

- b. la Constitución es la disposición normativa que recoge en su seno la voluntad constituyente de los sujetos que a ella se someten, contemplando las opciones políticas fundamentales de una nación. Entre esas opciones se encuentra la fijación de la posición del Estado-Nación en el mundo y el modo en que se van a plantear las relaciones con los otros sujetos del Derecho Internacional (Estados y Organizaciones Internacionales).

3. Este último argumento es, seguramente, el que ofrece una estructura más sólida a la respuesta de que la norma que debe fijar las reglas de comportamiento de las relaciones interordinamentales es la Constitución. La carta magna es la voz del poder constituyente, expresión máxima y primaria de la soberanía nacional, y es el soberano el que, a través del texto constitucional, puede permitirse establecer cuál es la forma de Estado y de Gobierno, cual es el modo de organización territorial, cual el sistema de garantía de los derechos y libertades individuales, y así con todas las decisiones estructurales del sistema político nacional que se consideren básicas y configuradoras del mismo.

Ahora bien, a pesar de lo dicho, el constituyente no siempre se manifiesta de forma clara sobre la posición que el Estado ha de tener hacia la sociedad y el ordenamiento jurídico internacional. Al contrario, esta opción, que es fundamental sin lugar a dudas, queda poco definida en buena parte de las Constituciones nacionales, aunque se concreta un poco más en aquellos Estados que, tras salir de situaciones políticamente complejas, de dictaduras o de contextos bélicos -caracterizadas todas ellas por un fuerte aislacionismo-, manifiestan su voluntad de apertura buscando fórmulas de cooperación o de integración que ayuden a evitar la reproducción de las situaciones de las que se sale.⁷

Incluso en aquellos casos en que el aislacionismo no era característico de la estrategia internacional del Estado, el fenómeno de la globalización económica ha impulsado a perfeccionar los modelos de relaciones internacionales, en aras a sa-

7 Pueden leerse al respecto, sólo por mostrar algunos ejemplos, los artículos 9 de la Constitución austriaca, 37 de la Constitución de Luxemburgo, 167 de la belga, 23 a 26 de la Constitución alemana, 10 y 11 de la constitución italiana, 7 y 8 de la carta magna portuguesa, 28 de la norma fundamental griega, 10.2 y 93 a 96 de la Constitución española y los títulos VI y XV del texto constitucional francés.

car un mejor partido de ese fenómeno económico, político y cultural. De este modo muchos Estados, a la hora de elaborar o modificar sus constituciones, han tenido en cuenta la necesidad de promover o pertenecer a grupos de integración económica regional capaces de afrontar las consecuencias de esta apertura internacional de los mercados y de las transferencias de recursos facilitadas por la revolución de las comunicaciones a todos los niveles.

Pues bien, esta voluntad constitucionalmente contemplada condiciona la relación del Estado con el mundo, pero también la conexión entre el sistema de fuentes nacional y el sistema internacional, porque determina el alcance de la soberanía del Estado, es decir, determina hasta donde quiere extender del Estado el alcance de su propia autonomía en la toma de decisiones. Y parece claro que las limitaciones a la soberanía sólo pueden proceder de la norma que proclama la existencia de dicha soberanía, y esa norma no es otra que la Constitución nacional.

4. Estas razones, que justifican que la Constitución sea la norma que fije las relaciones entre Derecho interno y Derecho Internacional, serán válidas al menos hasta que la sociedad internacional encuentre, por un lado, una fórmula de organización política que permita elaborar normas en las que se plasme en condiciones de igualdad la voluntad de todos los individuos que la integran, y por otro lado un modelo de estructuración del sistema de fuentes que garantice la seguridad jurídica de los sujetos sometidos al imperio de las normas que lo integran.

Es decir, nada impide que pueda modificarse la respuesta a la cuestión planteada, trasladando la norma definidora del modelo al ámbito de las fuentes internacionales si un día, que hoy no parece cercano, la sociedad internacional logra darse una norma o un conjunto de normas que establezcan -garantizando el respeto a los principios de igualdad y seguridad jurídica-, el número y caracteres de las fuentes internacionales, el sistema de relaciones de esas fuentes internacionales entre sí y con las fuentes internas, y el sistema efectivo de sanciones previsto para el supuesto de que no se respeten esas disposiciones. Dicho de otro modo, una fórmula para garantizar el obligado respeto al sistema por todos los miembros de la sociedad internacional sin que sea necesario acudir al uso de la fuerza.

De hecho un modelo internacional en el que existe una norma de ese tipo, configuradora o constitutiva del sistema de fuentes, puede encontrarse en el proceso de integración supranacional Europeo. A través de la firma de los “tratados constitutivos”, fuentes de derecho comunitario originario, los actores de esa sociedad internacional de ámbito regional, actuando al menos formalmente en plano de igualdad, se dotan de un sistema de fuentes preciso, y de un sistema de control de ajuste de las disposiciones creadas al modelo previsto en los tratados, así como de

un elenco de reglas de solución de antinomias entre las disposiciones del propio sistema, y entre las fuentes comunitarias y las nacionales.⁸ Seguramente este modelo solo sea válido cuando se trata de pequeñas “subsociedades” internacionales, en las que los países se encuentran objetivamente próximos a nivel económico, político, cultural, y sea utópico, o quizás sólo prematuro, plantear su extrapolación al sistema mundial.

5. El ordenamiento brasileño no plantea excepciones a las observaciones realizadas hasta aquí. La Constitución Federal de Brasil de 5 de octubre de 1988 manifiesta, si bien no siempre de manera clara, la voluntad del constituyente de abrir el Estado a las relaciones con los países de su entorno, en un contexto político regional en que habían finalizado las dictaduras militares en todos los países del Cono Sur.⁹ Hasta ese momento las relaciones internacionales básicas de Brasil se habían establecido con Europa y con Estados Unidos por razones económicas y estratégicas, pero la Constitución de 1988 puso de relieve que, dada la potencialidad del país para ser protagonista de la escena internacional por sus particulares características geo-demográficas, Brasil debía desarrollar ese protagonismo a través de fórmulas de integración con los países de su entorno. Esta voluntad se expresa en el art. 4, parágrafo único CFB, donde se identifica la “cláusula de integración” de la Constitución Brasileña en los siguientes términos: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. La evolución de los acontecimientos económicos y políticos ha reducido, hasta la fecha, la formación de esa comunidad latinoamericana a la constitución del Mercosur, comunidad con voluntad de integración, creada mediante la firma del “Tratado para la constitución de un mercado común entre la Republica Argentina, la Republica Federativa del Brasil, la Republica del Paraguay y la Republica Oriental del Uruguay” (Tratado constitutivo de Asunción de 1991).

8 No puede olvidarse que los principios comunitarios de solución de antinomias -autonomía de los ordenamientos jurídicos, primacía, y efecto directo- fueron creados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades, deduciéndolos de la propia naturaleza del modelo de integración, para lograr la efectiva aplicación de los tratados constitutivos. Estos principios son positivados en los arts. I-6 y I-33 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TCUE), acuerdo que fue firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 –DO C 310, de 16 de diciembre de 2004-, y que se haya en proceso de ratificación.

9 Véase respecto de la posición de Brasil en el juego de la geopolítica mundial CINTRA, R.: “Brasil e o novo cenário mundial, a dinâmica de uma inserção”. *Working Papers WP n. 186*, Institut de Ciències Polítiques i Socials. Barcelona, 2000. Este texto se consultó en soporte digital el 10 de octubre de 2005 en http://www.diba.es/icps/working_papers/wp.htm

Junto a esta voluntad de integración económica, el constituyente Brasileño ha manifestado su voluntad de apertura al sistema internacional de protección de los derechos humanos, y ello a través de lo contenidos en el art. 5.2 CFB –sobre el que se volverá más adelante- y en el nuevo art. 5.3 CFB, introducido por la enmienda constitucional nº 45 de 8 de diciembre de 2004 (DOU de 31/12/2004) –al que también se hará referencia-. La lectura de estos preceptos –ajena a la interpretación jurisprudencial que les acompaña- “parece” poner de manifiesto una voluntad clara de que los tratados de derechos humanos vigentes en Brasil sean fuente directa de derechos subjetivos de rango constitucional, y por tanto susceptibles de ser invocados ante los jueces y tribunales nacionales, incluso, como parámetro de referencia constitucional.

Todo ello ofrece una panorámica “teórica” de voluntad aperturista por lo que al texto constitucional brasileño se refiere. Otra cosa, y esto también se analizará, es la exégesis que sus legítimos intérpretes hagan de estas normas fundamentales, interpretación que puede conducirnos a la conclusión contraria, es decir a la constatación de que el ordenamiento y jurisprudencia brasileñas dan la espalda y cierran las puertas al ordenamiento y jurisprudencia internacionales.

3 ¿ESTÁ POR ELLO SUPRAORDENADA LA CONSTITUCIÓN AL RESTO DE DISPOSICIONES, INCLUIDAS LAS INTERNACIONALES?

6. A priori, y manteniendo la aseveración de que la Constitución es la disposición determinante del modelo de relaciones entre fuentes internas y fuentes internacionales, podría entenderse que la respuesta es positiva y que, en su calidad de norma de normas, la Constitución está supraordenada al conjunto de las fuentes cuyas relaciones articula, y cuyas pautas de validez y de aplicabilidad establece. De hecho el concepto material de Constitución se utiliza como sinónimo de norma suprema.¹⁰

7. Pero seguramente esta respuesta sea excesivamente simplificadora cuando se trata de marcar la relación de la Constitución con las fuentes de origen externo. Habitualmente se ha asociado el término de supraordenación a los conceptos de superioridad jerárquica o supremacía, y se han buscado múltiples argumentos

10 Al menos así es en la formulación kelseniana, véase al respecto KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1995, p. 246 y ss.

que permitan afirmar que es la Constitución la norma que goza de esa superioridad jerárquica.

Entre las posiciones doctrinales más repetidas en casi todos los ordenamientos, se hallan las que consideran que la Constitución es norma jerárquicamente superior, incluso frente al derecho internacional, porque opone resistencia a ser modificada, derogada o suspendida por cualquier otra norma del ordenamiento, incluidos los tratados internacionales.¹¹ El contra-argumento a esta posición viene dado por el hecho de que la existencia de fuerza pasiva y activa de una disposición frente a otras no siempre implica su superioridad de rango, porque también puede darse que una ley general, por ejemplo, sea inhábil para modificar una ley especial y ello no significa que la segunda sea jerárquicamente superior.

Otra de las razones que suelen darse en muchos ordenamientos para sostener la idea de superioridad constitucional, especialmente frente al Derecho Internacional Convencional, radica en la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las fuentes externas. La posibilidad de que los tratados internacionales sean objeto de control de constitucionalidad determinaría, según tal argumento, la subordinación de los mismos al Derecho Constitucional. El problema de este razonamiento es que el discurso lógico que lo inspira es erróneo. La posibilidad de controlar la constitucionalidad de una norma deriva de su previa consideración como norma infraconstitucional, de modo tal que es consecuencia y no causa de esa consideración.¹²

Si se considera que el razonamiento que justifica la supraordenación de la Constitución es que la misma contiene los parámetros de validez de las normas jerárquicamente infraordenadas¹³ no se podría proclamar la supremacía constitucional sobre las fuentes internacionales, en la medida en que las pautas de validez de dichas normas no se contienen en su totalidad en la Constitución, sino que se reparten entre esta norma y fuentes internacionales como la costumbre interna-

11 A este respecto véase DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional, Sistema de fuentes*. Op. Cit., pp. 111 y ss. Se hace eco de esta posición, en lo que a los países del cono sur y sus doctrinas jurídicas se refiere PEROTTI, A. D.: *Habilitación constitucional para la integración comunitaria. Estudios sobre los Estados de Mercosur. Tomo I: Brasil y Paraguay. Tomo II: Argentina y Uruguay*. Universidad Austral, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2004.

12 Véase, en desarrollo de estos argumentos GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*. Op. Cit. p. 47.

13 Esta era la formulación kelseniana a principios del siglo XX – véase Kelsen, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, Op. Cit. pp. 146 y ss, así como las referencias contenidas en el apartado 8 de este artículo-. Junto a esta formulación del principio de jerarquía, otros teóricos plantean argumentos menos recurrentes. Es el caso de BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del Derecho*. Editorial Debate. Madrid, 1990, p. 343, y de RUIZ MIGUEL, A.: “El principio de jerarquía normativa”, *REDC*, 1988, N° 24, pp. 152 y 153.

cional, la Convención sobre Tratados adoptada en la Habana el 20 de febrero de 1928, el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, etc. Es decir la Constitución no contiene los criterios de validez de las disposiciones internacionales, o al menos no todos los criterios de validez, aunque si determina todas las condiciones de aplicabilidad o eficacia de las normas internacionales como se verá más adelante.

8. La cuestión es que, en cualquier caso, el criterio más útil para fijar la posición de las fuentes internacionales o internas en relación con la norma constitucional es el de jerarquía, en la medida en que cualquier razonamiento parte de la idea de “fundamentalidad” del texto constitucional.¹⁴ Sobre esta certeza, trabaja la doctrina que regresa recurrentemente a este principio para explicar la estructura del sistema de fuentes. Ahora bien, en la medida en que los fundamentos clásicos del principio jerárquico expuesto no son útiles cuando se trata de definir las relaciones entre Constitución y fuentes internacionales, será preciso encontrar un fundamento adicional. Un argumento tal se basaría en la consideración de que la norma jerárquicamente supraordenada ha de contener las reglas fundamentales definidoras de las opciones políticas fundamentales del cuerpo soberano que elabora esa norma suprema. Aquí el principio de jerarquía tiene un matiz diferente: la Constitución sería norma superior respecto a las fuentes externas si en la misma se contienen una serie de opciones políticas fundamentales, opciones políticas que contemplan, entre otras cosas, el juego de relaciones entre las fuentes del ordenamiento puramente interno y del sistema de normas externas como expresión del modelo de relaciones internacionales del Estado.¹⁵ Dicho de otro modo, la Constitución está supraordenada a las fuentes externas porque es la disposición que recoge la decisión del constituyente de cómo el Estado, la Nación, el Ordenamiento interno, se van a comportar en relación con dichas fuentes externas. Es más, la Constitución seguiría siendo la norma suprema incluso si alguno de sus preceptos estableciese, de forma expresa o implícitamente, que se puede dar aplicación prioritaria a una fuente externa sobre la norma constitucional en determinados supuestos. Incluso

14 Se descarta en este caso el recurso a los principios de competencia, especialidad o sucesión de normas en el tiempo. Los dos últimos criterios porque se utilizan para resolver antinomias en el ámbito de la legalidad, de la aplicabilidad de las disposiciones normativas, pero no para fijar las relaciones entre la Constitución y el resto de normas del ordenamiento. El principio de competencia tampoco es útil aquí porque es precisamente la Constitución como *norma normarum* la disposición que determinará la competencia normativa o material y no se conoce ningún caso en que la Constitución nacional distribuya entre sí misma y el Derecho Internacional competencias normativas, tratándose este de un reparto apriorístico bastante difícil de imaginar.

15 Se desarrolla este planteamiento ampliamente en GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*. Op. Cit., p. 69 a 73.

en ese caso la decisión de desplazar la primacía se habría tomado en sede constitucional y, de hecho, no cabría si no se hubiese dado en esta sede, con lo cual podría decirse, independientemente de cual sea la norma que se aplique, que la norma supraordenada es la Constitución.

Quizá en la dimensión práctica del funcionamiento del derecho lo determinante sea la norma que se aplica en última instancia en caso de que exista una antinomia, con lo cual si es la norma internacional la norma aplicable, esta será la que se considere supraordenada. Pero en la dimensión teórica es importante determinar la legitimidad de los principios aplicables para resolver los conflictos jurídicos, máxime cuando está en juego la idea de soberanía, clave para garantizar el funcionamiento del sistema político, y en esa dimensión teórica la supremacía puede llegar a identificarse en una disposición que no siempre sea de aplicación preferente.

En cualquier caso ha de reconocerse que esta construcción teórica es compleja, y que procede de una formulación académica con poco predicamento entre los jueces constitucionales. No obstante, y de un modo sorprendente, el Supremo Tribunal Federal de Brasil se pronuncia en este sentido, de un modo casi idéntico al que aquí se formula. Baste como ejemplo este extracto de la sentencia RHC 79785/RJ:

Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional.¹⁶

No es habitual que el texto constitucional exprese abiertamente su posición respecto del resto de las fuentes, y si lo hace, normalmente es para expresar su supremacía. La exégesis que los jueces constitucionales harán del silencio constitucional, o de la proclamación de supremacía constitucional irá en el sentido de

16 Si bien no se utiliza exactamente el mismo razonamiento, esta misma idea subyace en la Declaración del Tribunal Constitucional español 1/2004, en la que se resuelve el conflicto entre el TCUE y el texto de la Constitución española de 1978.

afianzar ese carácter de norma suprema en la mayoría, por no decir la totalidad, de los supuestos, aunque sólo sea porque es esa idea la que justifica su propia esencia como jueces. Junto a esto, no puede dejar de reconocerse que la cuestión de la posición que la Constitución ocupe sobre el resto de las fuentes interesa a jueces y teóricos, en la medida en que determina la solución de eventuales conflictos que puedan darse entre las fuentes externas y la Constitución, conflictos que, lejos de ser una hipótesis de laboratorio, se dan con cierta frecuencia, encontrándose en la carta magna brasileña cumplidos ejemplos.

9. La Constitución Federal de Brasil de 1988, como es tónica general, no proclama de forma expresa su supremacía respecto de las fuentes externas en ninguno de sus preceptos (así lo reconoce el STF en RHC 79785/RJ). Ello deja la puerta abierta a las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, tanto en el sentido de considerar la infraconstitucionalidad como la superioridad de los tratados sobre la norma fundamental, y tanto una como otra posición encuentran un anclaje constitucional para sus afirmaciones.

10. En el ámbito doctrinal, algunos autores¹⁷ justifican la infraconstitucionalidad de los tratados por la interpretación dada a los preceptos constitucionales 97, 102. I. a) y p) y 102. III. a) y b). El art. 97 CFB daría carta blanca para que los jueces declarasen la inconstitucionalidad de actos normativos del poder público, entre los que podría contarse los tratados internacionales, y el 102 CFB, en los apartados referenciados, concedería jurisdicción al Supremo Tribunal Federal para conocer de las acciones directas de inconstitucionalidad o acciones declaratorias de constitucionalidad contra tratados, y de los recursos extraordinarios que pudieran presentarse frente a las decisiones judiciales declaratorias de la inconstitucionalidad de un tratado. Los argumentos apoyados en la interpretación de los citados preceptos constitucionales afirman que la posibilidad de controlar la constitucionalidad de los tratados deducible de tales disposiciones, muestra que el tratado es infraconstitucional, pero ya se ha expuesto cómo la lógica argumentativa de esta afirmación no es correcta.

Otros autores¹⁸ utilizan un argumento distinto, basado en las diferencias existentes entre los procesos de reforma constitucional y de aprobación de los tratados. La superioridad de la Constitución se apoyaría en el hecho de que su aprobación y reforma se someten a un procedimiento mucho más complejo que el que se asocia a la ratificación de un tratado, de lo que cabría deducir la voluntad cons-

17 Cuyas posiciones compendia PEROTTI, A. D.: "Brasil", *Op. Cit.*, pp 110 y ss.

18 ANDREUOLO RODRIGUES, M.: "Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição", en LOBO TORRES, R. (Coord.): *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Renovar, Brasília, 2002, p. 166.

tituyente de preservar con mayor fuerza el texto de la norma fundamental que la del resto de disposiciones y frente al resto de disposiciones, incluidos los tratados. Ahora bien, este argumento perdería su peso en el momento en que la Constitución contemplase un procedimiento similar al de la reforma constitucional para permitir la ratificación de todos o de una parte de los tratados internacionales en que el Estado quisiera ser parte. De hecho esto es lo que sucede en el ordenamiento brasileño tras la reforma introducida por la enmienda constitucional nº 45 que dota a los tratados de derechos humanos cuya incorporación al ordenamiento interno se tramite mediante el procedimiento establecido en el nuevo artículo 5.3 CFB el rango de enmienda constitucional. Así pues la propia Constitución reconoce la posibilidad de que ser modificada mediante la ratificación de un tratado en materia de derechos fundamentales si el procedimiento interno tendente a autorizar dicha ratificación es el mismo que el de la reforma constitucional. En este caso ya no se podría hablar de supremacía constitucional amparándose en el argumento que se venía exponiendo.

11. Frente a esta posición mayoritaria, que predica la infraconstitucionalidad de los tratados, otro sector de la doctrina establece que, cuando menos los tratados sobre derechos humanos, han de ser considerados normas de aplicación preferente en caso de conflicto con la Constitución. El anclaje constitucional de tal afirmación se encontraría en el artículo 5.2 CFB que establece que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Este precepto, que admite a sensu contrario que los tratados internacionales ratificados por Brasil son fuente de derechos fundamentales y garantías para el ordenamiento brasileño, interpretado a la luz art. 4.II CFB que establece que la prevalencia de los derechos humanos es uno de los principios que rige las relaciones internacionales de la República, permitiría priorizar la aplicación de los tratados internacionales sobre la Constitución.¹⁹ Los derechos y garantías contenidos en los tratados ratificados por Brasil, y que son fuente inmediata en el orden interno han de ser respetados de manera que se haga prevalecer el respeto a los derechos humanos, incluso cuando ello signifique dejar de aplicar el texto constitucional.

19 En este sentido se pronuncian ALBUQUERQUE MELLO, C.: “O §2º do art. 5º da Constituição Federal”, en LOBO TORRE, R. (Coord.): *Op. Cit.*, pp. 1 y ss.; CAÑADO TRINDADE, A.A.: *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1996, p. 408; y PIOVESAN, E.: *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996, pp. 111 y 122.

A este argumento podría añadirse ahora que la enmienda constitucional nº 45 –que incorpora a la Constitución el art. 5.3–, admite la posibilidad de que los tratados de derechos humanos ratificados por Brasil, previo cumplimiento de ciertos requisitos formales, se incorporen al ordenamiento con rango constitucional, con lo cual podrían ser aplicados con preferencia sobre la Constitución sin ninguna dificultad, en la medida en que se considerarían enmiendas constitucionales. No obstante sobre esta cuestión se regresará de inmediato.

12. El Supremo Tribunal Federal se hace eco de una y otra posición, pero es la de la infraconstitucionalidad de los tratados la que posee mayor predicamento. El STF interpreta a menudo la voluntad expresa en los arts. 97 y 102 CFB en el sentido de estimar que el constituyente quiso dotar a la carta magna de supremacía incluso frente a las fuentes externas. Es elocuente, a este respecto, el contenido de la resolución ADI 1480/DF que establece

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional (En el mismo sentido se manifiesta el STF en RHC 79785/RJ, ADI MC 1347/DF, RE 172720/RJ, HC 81319/GO).²⁰

De forma coherente con tal jurisprudencia²¹ los conflictos que se pusieran de manifiesto entre un tratado internacional y la Constitución se resolverían apli-

20 Y, en ocasiones, no se detiene ahí, sino que afirma que la ley complementar tampoco puede ser modificada por el tratado, respecto del que ostenta carácter de ley especial, por la especial reserva que, respecto de las mismas, realiza el texto constitucional (ADI 1480 MC/DF). “Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno”.

21 Cuyo análisis desarrolla ampliamente PEROTTI, A. D.: “Brasil”, *Op. Cit.*, pp 124 y ss. Se refieren, por supuesto a este tema muchos internacionalistas brasileños, entre los que se puede citar a ALBURQUERQUE MELLO, C.D.: *Curso de direito internacional público*, 1º vol., Livraria Editora Renovar, Rio, 1997, p. 103 y ss.; REZEK, J.F.: *Direito internacional público: curso elementar*, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 1996, p. 104 y *Direito dos Tratados*, Edit. Forense, Rio de Janeiro, 1994.

cando esta última y relegando la norma externa, pero esta tendencia provoca en el ordenamiento brasileño al menos dos problemas de relieve.

13. El primero se refiere a la cuestión de la prisión civil por deudas.²² El art. 5.LXVII CFB, así como alguna norma infraconstitucional de desarrollo,²³ admite la imposición de una pena privativa de libertad para constreñir al cumplimiento de la obligación civil de prestar alimentos o de guardar con fidelidad un depósito, en el caso de que voluntariamente se faltare a tales obligaciones. La cuestión es que tal disposición choca sin dudas con lo previsto en el art. 11 del PIDCP²⁴ donde se establece que “nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual” (art. 11 PIDCP) y en buena medida también con la previsión del art. 7.7 de la CIDH²⁵ donde se prohíbe la detención por deudas con la excepción de “los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”. En la práctica, y dada la excepción aplicada a la prisión por deuda alimenticia, los problemas de antinomia entre los arts. 7.7 CIDH y 11 PIDCP y el art. 5.LXVII CFB se centra en la prisión por deudas del depositario infiel. En este caso la jurisprudencia del STF ha aplicado de manera preferente la Constitución e incluso algunas leyes infraconstitucionales de desarrollo del precepto constitucional frente al tratado (Sentencias del STF RE 457077/MG, HC 73151/RJ, RE 253071/GO), con algunas excepciones puntuales en que la aplicación preferente del tratado se amparó en la utilización del principio pro homine (STF HC 84382/SP).²⁶

Por su parte la doctrina se halla dividida, fundamentalmente, entre internacionalistas y constitucionalistas. Los primeros pugnan por el predominio de los tratados de derechos humanos, argumentando que esta disciplina específica es mucho más importante que cualquier norma de derecho interno, incluido el Constitucional. Alegan también que los tratados poseen una mayor legitimidad que la Constitución al tener como fundamento el ideal de dignidad del ser humano y aña-

22 ANDREIUOLO RODRIGUES, M.: “Os Tratados Internacionais de Porteção dos Direitos Humanos e a Constituição”, *Op. Cit.* pp. 182 y ss.

23 Como, por ejemplo, la Ley n. 556, de 25 de junio de 1850, Código Comercial de Brasil (arts. 280 a 286); la Ley Federal n. 3.071, de 1 de enero de 1916 (art. 1.287 del Código Civil); el Decreto Ley n. 7.661, de 21 de junio de 1945 (art. 12); la Ley Federal 4.728 de 14 de julio de 1965 (art. 66); el Decreto Ley n. 413, de 9 de enero de 1969; el Decreto Ley 911 de 1969; la Ley Federal n. 5.869, de 11 de enero de 1973 (art. 150); la Ley Federal n. 8.866, de 11 de abril de 1994, que dispone sobre el depositario infiel de valor perteneciente a la Hacienda Pública y otras providencias; artículos 1º, 2º y 3º.

24 Ratificado por Brasil y publicado por el Decreto n. 592, de 6 de junio de 1992.

25 Ratificado por Brasil y publicado mediante el Decreto n. 678, de 6 de noviembre de 1992

26 Esta es una corriente jurisprudencial realmente minoritaria, que encuentra expresión, casi siempre, en aquellos pronunciamientos en que es ponente el ministro CARLOS BRITTO.

den que, finalmente y ya que se trata de normas que regulan derechos subjetivos, se trata de normas constitucionalmente materiales, con lo cual nada debería obstar a su aplicación sobre disposiciones internas contradictorias. La doctrina constitucionalista defendería una noción de supremacía constitucional que no cedería ni ante los tratados de derechos humanos, disposiciones que deberían ser interpretados a la luz de la Constitución.²⁷

14. La cuestión es que todas las posiciones doctrinales y jurisprudenciales relatadas podrían adquirir nuevos matices si se replantea el tema desde la nueva perspectiva que ofrece la enmienda constitucional promulgada el 8 de diciembre de 2004²⁸ y que, pese a dirigirse a promover alteraciones en la estructura del poder judicial brasileño, afecta también al modelo de relaciones interordinamentales del sistema de fuentes ya que modifica el artículo 5. 3º, que adopta esta nueva redacción:²⁹ “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes às emendas constitucionais”. Esto significa que determinados tratados de derechos humanos podrían adquirir rango constitucional, pero ¿qué sucede con los tratados de derechos humanos que han sido ratificados antes de la enmienda constitucional?, ¿esconde esta enmienda la voluntad del constituyente de desplazar la primacía constitucional a ciertos tratados internacionales de derechos humanos? ¿a cuales si los más importantes y de alcance más general han sido ya ratificados e incorporados al ordenamiento brasileño? Evidentemente el precepto pretende resolver los problemas provocados por cuestiones como la de la prisión por deudas, pero no se solventan con esta enmienda todos los problemas en la medida en que la mayor parte de los tratados de derechos humanos ya han sido ratificados por Brasil por un procedimiento distinto al recogido en el nuevo art. 5.3 CFB.

La opción, apuntada por algún autor en foros de discusión académica, de volver a autorizar de nuevo los tratados ya ratificados a través el nuevo procedi-

27 Sintetiza las posiciones de estas dos corrientes ANDREIUOLO RODRIGUES, M.: “Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição”, *Op. Cit.* pp. 157 y ss

28 Esto se venía pidiendo hace tiempo por la doctrina y la jurisprudencia. Al respecto cabe citar lo contenido en la STF HC 81319/GO cuyo relator fue CELSO DE MELLO: “Revela-se altamente desejável (...)” *de jure constituendo*, que, à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado (Constituições da Argentina, do Paraguai, da Federação Russa, do Reino dos Países Baixos e do Peru, v.g.), o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro”. En el mismo sentido véase la STF RHC 80035/SC.

29 Consultada en OLIVEIRA LAURIS DOS SANTOS, E.: “Enmienda Constitucional n. 45: Alterações na estrutura do judiciário Brasileiro”, en *Foro Constitucional Iberoamericano (revista electrónica)*, n. 8/2004, Novedades normativas: Brasil, dirección URL: <http://www.uc3m.es/bjc.htm>, visitada el 15 de noviembre de 2005.

miento es realmente compleja. En realidad no podría hablarse de una autorización a la ratificación, porque la misma ya se ha dado, sino que se trataría de un pronunciamiento del legislativo con una naturaleza totalmente distinta a la de la autorización, aunque se utilizase el procedimiento contemplado en el art. 5.3 CFB. Pero si se afronta este proceso de “declaración expresa de rango” por parte del legislativo quedaría por resolver la cuestión de qué sucedería si la nueva “autorización” no es concedida, si el legislativo se pronuncia contra la consideración como enmienda constitucional de los tratados ratificados antes de la entrada en vigor de la enmienda nº 45, ¿habría que entender que existe una voluntad del Congreso de denunciar el tratado, o habría que entender sencillamente que se rechaza la posibilidad de otorgar rango constitucional a tales tratados? Desde luego la solución aportada por la reforma constitucional genera a su vez nuevos problemas de difícil solución. No obstante no se trata de un conflicto irresoluble. Cabe la posibilidad de realizar la apuntada “declaración expresa de rango” de los tratados de derechos humanos ratificados antes del 2004, dejando bien claro en la decisión del legislativo - que podría exigir para ser adoptada la misma mayoría que pide el art. 5.3 CFB para estimar que un tratado se caracteriza como enmienda constitucional- cuales son los efectos de la aceptación o rechazo de esa declaración. Por otro lado existe la posibilidad de reformar la Constitución allí donde doctrina y jurisprudencia han puesto ya de manifiesto un conflicto expreso entre el texto constitucional y un tratado de derechos humanos de modo tal que, desaparecida la antinomia, no sería tan problemático proclamar hermenéuticamente la paridad de rango. Y por último sería posible solucionar la confusa situación creada por la enmienda 45 por vía interpretativa, lo cual exigiría que el Supremo Tribunal Federal concediese rango constitucional a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, apartándose de su jurisprudencia más reciente, y a la vista de que esa parece ser la voluntad constituyente. No obstante, y dado el sistema de justicia constitucional en Brasil, quizá sea más adecuado que la solución sea de orden normativo.

15. El segundo problema evidenciado entre la Constitución y el ordenamiento externo tiene que ver con el proceso de integración económica en el Mercosur que genera dos conflictos constitucionales.³⁰ El primero tiene que ver con la contradicción existente entre el principio de universalidad de la jurisdicción contenido en el art. 5. XXV CFB – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” - y la creación de un Tribunal Permanente de Revisión del Merco-

30 Trabaja sobre este problema ALBURQUERQUE MELLO, C.: “O direito Internacional Publico no Direito Brasileiro”, en BORBA CASELLA, P. (coord.): *Dimensão Internacional do Direito. Estudos em Homenagem a G.E. do Nascimento e Silva*, Ltr Editora San Pablo, Brasil, 2000.

sur mediante el Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur de 18 de febrero de 2002, -vigente a partir del 2 de enero de 2004-, que vendría a terminar con el monopolio de los jueces internos sobre determinadas cuestiones. En la reforma constitucional del 2004 a la que se viene haciendo referencia, se incluía un apartado 4º al artículo 5, que solventaba el problema de la universalidad de la jurisdicción en relación con el Tribunal Penal Internacional, afirmando que “O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”, pero no se incluyó una especificación equivalente en relación con el Tribunal del Mercosur, de lo que se deduce que el conflicto sigue vivo. El conflicto constitucional radica en el hecho de que el modelo de integración supone restricciones a la “soberanía económica” del Estado contemplado en lo dispuesto a lo largo del Título VIII de la Constitución. En la línea de lo que sucede con los tratados internacionales, y visto que el Derecho Comunitario es considerado como Derecho Internacional Convencional *stricto sensu* por los tribunales brasileños, se daría aplicación preferente a la Constitución sobre el derecho del Mercosur allí donde se pusieran de manifiesto contradicciones, con el consiguiente perjuicio que la integración del sistema sufriría en este caso. Sólo la cesión de soberanía, y la consiguiente preterición de las disposiciones internas en favor de la aplicación de las normas comunitarias, es decir sólo la actuación del principio de primacía del derecho comunitario, garantiza el éxito del modelo de integración.

4 ¿QUÉ PUEDE DECIR LA CONSTITUCIÓN SOBRE SUS PROPIOS LÍMITES FRENTE AL ALCANCE DE LAS FUENTES INTERNACIONALES?

16. La respuesta a esta cuestión ha de partir de la siguiente hipótesis: en virtud de su calidad de norma suprema la Constitución puede desplazar la aplicación preferente que normalmente le correspondería como consecuencia de su primacía a otras disposiciones, incluso de origen externo. Ahora bien, esta facultad que hemos reconocido al texto constitucional ha de situarse dentro de ciertos límites que garanticen que la Constitución mantiene inalterables los elementos básicos que identifican las opciones políticas fundamentales adoptadas por el constituyente, y sin las cuales no puede hablarse de “conservación” de la Constitución sino de mutación o reforma constitucional. Cuando la Constitución incluye en su texto la posibilidad de primar la eficacia de determinadas fuentes externas, como los tratados internacionales de derechos humanos o el derecho de integración supranacional

por ejemplo,³¹ no está o no debería estar introduciendo una fórmula de reforma constitucional, sino simplemente una regla de aplicación de fuentes entre las que se encuentra ella misma. Esa es una de las razones que exige que el desplazamiento de aplicación preferente esté sometido a ciertos límites que han de ser, cuando menos los que afectan a la reforma constitucional, pero que, seguramente, habrán de ser más estrechos.

17. Existen dos modos de contemplar semejantes límites. Por un lado se pueden determinar de forma expresa en el propio texto constitucional los lindes del desplazamiento de la primacía a través de la redacción de una suerte de cláusula de intangibilidad que contuviese los límites e impidiesen desplazar la supremacía constitucional a normas que afectasen a determinados contenidos materiales. Del mismo modo que se impide la reforma constitucional de ciertos preceptos constitucionales para garantizar la conservación de las bases del régimen constitucional,³² podría impedirse que la fuente externa prime sobre el derecho constitucional interno cuando la materia que trate la norma internacional afecte a las citadas “bases del régimen constitucional”.

Por otro lado, y en caso de que no exista un elenco de materias intangibles, los intérpretes constitucionales podrían seleccionar, de entre los contenidos de la Constitución aquellos que se consideren determinantes del ejercicio de la soberanía nacional, razón por la cual, no podrían ser apartados del radio de acción de la misma para ser colocados en la esfera de las potestades de una organización supranacional, o en el ámbito normativo exclusivo del derecho internacional.³³ Entre esos contenidos estaría el respeto a los derechos fundamentales y a los valores que garanticen la existencia del Estado como ente soberano, la definición de la organización territorial del Estado, y de la forma política del mismo, y la consideración de

31 La interpretación que los jueces brasileños hagan del actual art. 5.3 CFB, podría conducir a la siguiente reflexión: este precepto permite desplazar la primacía constitucional a los tratados de derechos humanos ratificados en virtud del procedimiento que describe. En la misma línea el Tribunal Constitucional español ha admitido recientemente - Declaración 1/2004- que en el art. 93 CE, precepto de contenido orgánico procedimental y material, se encuentra el apoyo argumental que permite desplazar la aplicación preferente de la Constitución nacional al Tratado Constitucional Europeo.

32 En ese modo se manifiesta el art. 60.4 CFB que excluye la posibilidad de deliberar propuestas de enmienda constitucional tendientes a abolir la forma federal del Estado, el voto directo, secreto, universal y periódico, la separación de poderes y los derechos y garantías individuales.

33 Así lo han hecho los tribunales constitucionales de Francia, Italia o España, por ejemplo, a través de la elaboración de conceptos como el de “controlimiti” – teoría comentada por Cartabia, M.: *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milan, 1995- o “conditions essentielles d’exercice de la souveraineté”- entre otras decisión del *Conseil Constitutionnel* n.2004-505 de 19 de noviembre de 2004-.

la necesidad de garantizar la plena eficacia de la Norma Fundamental respecto de los mandatos referidos a la validez y aplicabilidad de las fuentes internacionales.

5 ¿A QUÉ DEBE RESPONDER LA CONSTITUCIÓN CUANDO ESTABLECE EL SISTEMA DE RELACIONES INTERORDINA- MENTALES?

5.1 AL TIPO DE FUENTES EXTERNAS QUE RECONOCE Y ADMITE EL ORDENA- MIENTO INTERNO

18. Las Constituciones nacionales pueden reconocer la incorporación y posición de todos y cada uno de los tipos de normas internacionales que se identifican en el orden jurídico internacional, hacer referencia sólo a una parte de ellas, o establecer sus propios modelos de clasificación que determinen el modo de incorporación de las normas de origen internacional al ordenamiento interno y su posición en él, modelos que, en todo caso, no tendrán más que efectos puramente internos.

Los dos grandes grupos en que se organizan tradicionalmente las normas internacionales son el Derecho Internacional General y el Derecho Internacional Convencional. El primero está compuesto por normas no escritas de proyección universal -la costumbre internacional y los principios generales del derecho internacional-, cuyo alcance se determina de acuerdo con la práctica constante y uniforme y la opinión juris de la generalidad de los Estados. El segundo viene integrado por los acuerdos internacionales celebrados por escrito en los que se pone de manifiesto la voluntad concurrente de dos sujetos de la sociedad internacional. A estos dos grandes y tradicionales grupos habría que añadir el Derecho Comunitario, al que se le puede otorgar carta de naturaleza independiente, tipificándolo como Derecho Internacional *sui generis*, en la medida en que se inscriba en procesos de integración supranacional donde el método normativo de integración prime sobre el método de coordinación. Dicho de otro modo, a mayor nivel de integración mayor independencia del Derecho Comunitario y menor identidad entre este y el Derecho Internacional Convencional,³⁴ aunque no pueda olvidarse que la base del Derecho

34 En esta línea de razonamiento no existirían demasiadas dudas de torno a la consideración del Derecho Comunitario Europeo como derecho internacional de carácter *sui generis*, en la medida en que el nivel de integración es muy alto, mientras que existirían más dudas - PEROTTI, A. D.: “Brasil”, *Op. Cit.*, p. 233.- en torno a la consideración del Derecho Comunitario del Mercosur como derecho internacional distinto del derecho

Comunitario, su origen, se sitúa en los tratados constitutivos que son convenios internacionales en sentido estricto. En esta línea de razonamiento no existirían demasiadas dudas en torno a la consideración del Derecho Comunitario Europeo como derecho internacional de carácter *sui generis*, en la medida en que el nivel de integración es muy alto, mientras que existirían más dudas³⁵ en torno a la consideración del Derecho Comunitario del Mercosur como derecho internacional distinto del derecho convencional internacional, y ello porque existe una preeminencia de los mecanismos de cooperación sobre los mecanismos de integración supranacional. El propio STF considera que los tratados que se firman en el entorno de Mercosur son tratados internacionales en sentido propio, sin distinciones sobre el resto (STF CR 8279 AgR/AT.³⁶)

Junto a estos tres grandes grupos existen además otra serie de fuentes que no pueden encajarse en los mismos, como por ejemplo los acuerdos administrativos, los actos unilaterales, los *gentlemen agreements*, y los actos de las organizaciones internacionales.³⁷

convencional internacional, y ello porque existe una preeminencia de los mecanismos de cooperación sobre los mecanismos de integración supranacional. El propio STF considera que los tratados que se firman en el entorno de Mercosur son tratados internacionales en sentido propio, sin distinciones sobre el resto: “*A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. É, pois, na Constituição da República, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do iter procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos - inclusive daqueles celebrados no contexto regional do MERCOSUL*” (STF CR 8279 AgR/AT).

35 PEROTTI, A. D.: “Brasil”, *Op. Cit.*, p. 233

36 Este PRONUNCIAMIENTO establece que “*A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. É, pois, na Constituição da República, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do iter procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos - inclusive daqueles celebrados no contexto regional do MERCOSUL*”

37 Los acuerdos administrativos se definen como acuerdos normativos concluidos por órganos que carecen de los poderes necesarios para representar al Estado, con lo cual precisan siempre de la cobertura formal y material de un previo acuerdo marco o acuerdo básico al que desarrollan y ejecutan. Los actos o declaraciones unilaterales se caracterizan por ser expresión de la voluntad internacional de un sujeto suficientemente capaz para el Derecho Internacional, no vinculada a forma especial alguna, y supeditada tan sólo a ser puesta en conocimiento de terceros, de quienes no se precisa nunca ni el consentimiento ni ninguna actitud complementaria. Los *gentlemen agreements*, también denominados acuerdos no normativos, son instrumentos legítimos de la política exterior a los que se recurre por parte de los Ejecutivos con relativa frecuencia para aumentar el margen de discrecionalidad del negociador y el margen de exigencia en la satisfacción de los compromisos.

Lo más habitual es que los textos constitucionales no hagan referencia a la incorporación, posición y control de las fuentes de Derecho Internacional General en el orden interno aunque en ocasiones se alude al mismo para afirmar la adecuación del ordenamiento interno a las reglas de Derecho Internacional (línea 14 del preámbulo de la Constitución francesa de 1946), para hacer referencia a la asunción por el Estado de determinados principios generales del Derecho Internacional (art. 7 de la Constitución portuguesa) o, de modo indirecto, para admitir la permeabilidad del ordenamiento, o de determinados sectores del ordenamiento, respecto del Derecho Internacional General (arts. 10.2 y 96.1 de la Constitución española).³⁸

Frente a la afirmación anterior, las constituciones acostumbran a referirse expresamente a la fase interna del procedimiento de ratificación de las fuentes convencionales -clasificándolas o no en distintos tipos-, a su posición en el ordenamiento y a su control. Las referencias al derecho comunitario son precisas sólo excepcionalmente³⁹ y suelen reducirse como regla general a la inclusión de la conocida cláusula comunitaria que abre la puerta del Estado a la integración en un modelo de organización supranacional. Las alusiones al resto de fuentes menores son sencillamente testimonial.

19. En el caso de la Constitución brasileña, siguiendo el modelo de la lusa, su art. 4 constitucionaliza los principios de obligado respeto por los poderes del Estado brasileño en sus relaciones internacionales como parte del Derecho Internacional General. Esos principios son la independencia nacional, la prevalencia de los derechos humanos, la autodeterminación de los pueblos, la no intervención, la igualdad entre los estados, la defensa de la paz, la solución pacífica de los conflictos, el repudio al terrorismo y al racismo, la cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad y la concesión de asilo político.

38 Esto es así porque en buena parte de las Constituciones prima la idea kelseniana (y monista) de que existe unidad de ordenamientos, y por tanto la mera existencia de un orden jurídico interno implica que si el Estado se relaciona internacionalmente tal ordenamiento recibe ecos del internacional cuyos fundamentos se sitúan en la costumbre y los principios generales que lo rigen. Allí donde, o bien no prima esta idea (por la implantación de una interpretación dualista de la conexión de ordenamientos), como en Italia, Austria, Alemania, Irlanda, Dinamarca o Estados Unidos, por ejemplo, o no se considera que sea sobreabundante el reconocimiento expreso de tal conexión las Constituciones se refieren al Derecho Internacional General. Véase a este respecto GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*. Op. Cit., pp. 128 y ss

39 Arts. 168 y 169 de la Constitución belga, Sección 96 de la Constitución finlandesa, Título XV de la Constitución francesa, art. 23 de la Constitución alemana, art. 29 de la Constitución irlandesa, y art. 7.2 de la Constitución eslovaca.

Por su parte la referencia al Derecho Internacional Convencional es mucho más extensa y pasa por el reconocimiento constitucional de que los convenios internacionales, cuya celebración compete en exclusiva al Presidente de la República (art. 84.VIII CFB) previo refrendo del Congreso, se incorporan al ordenamiento brasileño. La Constitución brasileña no establece tipologías de manera expresa en relación con los tratados internacionales que se incorporan al sistema de fuentes nacional, pero la reforma de 8 de diciembre de 2004 viene a establecer una doble categorización separando los tratados de derechos humanos del resto, y concediendo a aquellos una especial fórmula de incorporación al orden nacional y un rango diferente al del resto.

Por su parte, y sin contar con un apoyo constitucional adecuado, el “Superior Tribunal de Justiça” (STJ), ha consagrado la distinción entre los “tratados-ley” y los “tratados-contrato” (STJ REsp. 34932/PR, REsp. 37065/PR, REsp. 196560/RJ). Esta distinción se explica por la reticencia de este órgano jurisdiccional a aplicar con plenitud de efectos la previsión del art. 98 del Código Tributario Nacional que establece que los tratados y las convenciones internacionales revocan o modifican la legislación tributaria interna y serán observados por la posterior. Así, para evitar la prelación de los tratados en materia tributaria sobre la ley nacional en todo caso el STJ establece que sólo se aplicará la previsión del art. 98 CTN a los tratados-contrato, es decir los acuerdos que contienen disposiciones contractuales en sentido estricto, como por ejemplo el convenio del GATT, afirmando que los tratados-ley, que contienen disposiciones de naturaleza “legislativa” no tendrán fuerza pasiva frente a la legislación posterior. El problema de esta “artificial” distinción jurisprudencial es que no está claro, ni para la doctrina ni para los propios jueces, cuales son las características que permiten distinguir ambos tipos de pactos,⁴⁰ con lo cual su aplicación se aleja notoriamente del respeto al principio de seguridad jurídica, máxime cuando casi todos los tratados suelen contener disposiciones “contractuales” y “legislativas”.

40 Suele teorizarse afirmando que en el tratado-contrato las voluntades que lo conforman tienen contenidos diferentes pero son complementarias, de modo que se acomodan entre sí con la firma del tratado suponiendo un intercambio de prestaciones entre las partes contratantes. Por su parte el tratado-ley se caracterizará porque establece normas de aplicación general y carácter coercitivo, caracterizadas porque las voluntades que las conforman tienen un mismo objeto. En cualquier caso esta distinción no es científica, los autores aún no se han puesto de acuerdo sobre su alcance y, desde luego, no tiene réplica en el orden internacional, con lo cual muchos abogan por su desaparición. Véase al respecto ALBURQUERQUE MELLO, C.: “O §2º do art. 5º da Constituição Federal”, *Op. Cit.*, pp. 27. y DAVID ARAUJO, L.A., SERRANO NUNES JÚNIOR, V.: *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva, San Pablo, 2003, p. 305.

Por último y respecto al Derecho Comunitario, en el art. 4 parágrafo único de la Constitución brasileña se encuentra la consabida cláusula comunitaria, que reconoce que Brasil “buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”. Esta cláusula no establece el modo en que tal formación habrá de materializarse, ni el modelo de la comunidad –económica o política, de integración o de cooperación–, con lo cual deja la puerta abierta a cualquiera de estas opciones, y ha supuesto el anclaje constitucional de la integración en de Brasil en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

5.2 A LA FÓRMULA DE INCORPORACIÓN DE LAS FUENTES EXTERNAS AL ORDENAMIENTO INTERNO

20. La Constitución puede determinar cuál es el procedimiento interno que ha de seguirse para que las fuentes externas sean aplicables en el seno del ordenamiento nacional, siempre y cuando se cumpla que sean válidas y aplicables a su vez en el orden internacional. Además el cumplimiento de tal procedimiento va a determinar parcialmente la validez de las normas internacionales que se incorporarán al ordenamiento jurídico porque si no se respeta tal proceso, dichas fuentes externas, que en cualquier caso obligarán internacionalmente al Estado que los ratifique, podrán a su vez ser inaplicados e incluso declarados inválidos (inconstitucionales) en el orden interno. Lo más habitual es que la Constitución describa un procedimiento de incorporación para las fuentes de Derecho Internacional Convencional, y no para el resto. Y dentro del procedimiento descrito para proceder a esta incorporación se pueden diseñar diferentes variantes en función, por ejemplo, del contenido del tratado, o de la tipificación que el propio ordenamiento interno haya hecho de las fuentes externas.

21. La fórmula de incorporación más sencilla es la que no exige ningún trámite interno con carácter previo a la entrada en vigor nacional del tratado, con lo cual bastaría la firma y ratificación por parte del Ejecutivo, por regla general titular del treaty making power, para que un convenio fuese válido en el ordenamiento nacional. En un supuesto de este tipo, podría contemplarse o no la exigencia de informar de la ratificación a las Cámaras legislativas tras la conclusión del tratado (en esta línea lo dispuesto en el art. 94.2 de la Constitución española, por ejemplo).

En segundo lugar se sitúa la fórmula que exige la participación del poder legislativo en una fase interna del proceso de elaboración del tratado y con carácter previo a la ratificación del mismo. El modo concreto de participación va a depen-

der de que se hayan establecido o no tipologías en el orden interno a la hora de clasificar los tratados, y puede ir desde la simple autorización parlamentaria a la ratificación adoptada mediante mayoría simple, hasta la tramitación de una reforma constitucional si el tratado que se pretende ratificar entrase en conflicto con la Constitución (en este sentido se manifiesta el art. 95 de la Constitución española). Entre los dos caben métodos intermedios como la concesión de autorización mediante mayorías cualificadas (lo que se contempla, por ejemplo, en el art. 93 de la Constitución española y en el nuevo art. 5.3 de la Constitución brasileña)

Por último existe la posibilidad de que la Constitución no exija la previa autorización a la ratificación, sino la transformación del tratado, sucesiva a aquella, en norma con rango de ley. Esta fórmula, existente por ejemplo en el ordenamiento italiano donde recibe el nombre de “adattamento” suele asociarse a los ordenamientos en que prima la orientación dualista, y que en esa línea, afirman la existencia de dos ordenamientos independientes y sin posibilidad de intercomunicarse, el interno y el internacional, de modo que para que una disposición procedente de uno, el internacional, sea válida y aplicable en el otro es necesario transformar su contenido en alguna de las formas propias del ordenamiento nacional.⁴¹

22. Descendiendo al caso del ordenamiento brasileño, el artículo 84.VII CFB concede las competencias generales en materia de política exterior al Presidente de la República y el apartado VIII del mismo precepto le reconoce la competencia exclusiva para la celebración de tratados, convenciones y actos internacionales, exclusividad que no obsta a que en las negociaciones que preceden la firma del tratado pueden participar los representantes de los ministerios que sean competentes por razón de la materia.⁴² De esta disposición, así como de lo establecido en los arts. 21.I y II y 49.I CFB se deduce además que es competencia de la Unión mantener relaciones con otros Estados, participar en organizaciones internacionales y, por supuesto, negociar tratados internacionales.

23. Semejante preeminencia del ejecutivo en el ejercicio del poder exterior exige que las Cámaras, depositarias de la soberanía nacional, intervengan al menos en el procedimiento de incorporación del tratado al orden interno, para garantizar la participación en un proceso que, al fin y a la postre, tiene por finalidad la elaboración de normas con rango de ley. Guiada por este espíritu la Constitución brasileña exige la autorización parlamentaria y previa a la ratificación del tratado,

41 Véase el epígrafe 8 “El papel de las teorías clásicas y de los jueces en la fijación de un modelo de relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional”, de este mismo artículo.

42 PEROTTI, A. D.: “Brasil”, *Op. Cit.*, p. 55.

según el segundo de los modelos analizados más arriba. Y aquí se abren dos vías tras la reforma del año 2004.

En una se sitúan los tratados sobre derechos humanos a los que se dotarán de fuerza equivalente a la de una enmienda constitucional si se la autorización a su ratificación es concedida por el procedimiento dispuesto en el nuevo art. 5.3 CFB: aprobación en dos turnos por una mayoría de tres quintos en cada Cámara del Congreso Nacional, es decir en la Cámara de Diputados y en el Senado Federal.

En la otra vía se situarían tanto los tratados que no tienen que el ver con la protección de los Derechos Humanos como aquéllos que, refiriéndose efectivamente a esta cuestión, no vayan a ser incorporados con rango constitucional. Aunque la Constitución no hace esta salvedad de forma expresa, tal posibilidad se extrae de la interpretación a sensu contrario de lo dispuesto en el art. 5.3 CFB. Nada obliga a las Cámaras a tramitar como una enmienda constitucional la autorización a la ratificación de todos los tratados de derechos fundamentales, sino que esta opción es precisamente eso, una posibilidad puesta en manos del Congreso Nacional. En este caso el trámite de autorización ha de pasar, a imagen de lo que sucede en el procedimiento legislativo ordinario, por ambas Cámaras y en ellas, tanto la Comisión correspondiente especializada por razón de la materia como el Pleno, han de aprobar por mayoría simple (art. 47 CFB) la autorización a la ratificación, que formalmente se concederá mediante Decreto Legislativo, disposición destinada a regular sobre las competencias exclusivas del poder legislativo sin que sea precisa la sanción del Presidente de la República (art. 59 IV CFB). No existe un plazo determinado para la concesión de la autorización, pero como el trámite se inicia a instancia del Presidente, si este lo considera oportuno, podría solicitar el trámite de urgencia (art. 64. 1 y 2 CFB).

Dentro de este grupo la Constitución no establece ningún tipo de clasificación o tipificación adicional de los tratados, con lo cual se supone que todos ellos habrán de pasar por este trámite. No obstante la doctrina plantea algunos interrogantes en relación con la obligatoriedad del trámite. E primero se plantea si realmente es preciso autorizar la ratificación de todos los tratados o si sólo sería necesario tramitar la autorización para ratificar los convenios que entren en los ámbitos reservados a la ley.⁴³ El segundo interrogante se cuestiona si el inciso del art. 49.I CE, que hace referencia a la competencia exclusiva del Congreso Nacional para resolver definitivamente sobre tratados “que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, no significa que solo habrán de pasar por

43 PEROTTI, A. D.: *Ibidem.*, pp. 86 y ss.

el congreso los acuerdos que generen responsabilidad o cargas económicas para el Estado.⁴⁴ Y el último tiene que ver con los acuerdos adoptados en forma simplificada, en la medida en que tales acuerdos no pasarían por las Cámaras ya que el momento de la firma y de la ratificación coinciden, con lo cual no cabría someter el texto del tratado, definitivamente fijado, a la autorización del legislativo. Y todos estos interrogantes no se ven resueltos sino acrecentados por la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal que en ocasiones introduce límites al poder de compromiso convencional internacional del Estado, como cuando excluye la posibilidad de que los tratados afecten a determinados contenidos materiales, concretamente a aquellos que entran en la reserva legal complementaria (si bien tal exclusión no contó en su día con la opinión unánime del pleno, STF ADI 1480 MC/DF).

24. En cualquier caso, y sea cual sea el trámite y pormenores de la autorización,⁴⁵ la potestad para elevar el proyecto a la consideración del Congreso sigue siendo del Ejecutivo y éste realizará el envío en el momento en que lo considere conveniente, sin que exista un término perentorio posterior a la fecha de la firma para que tal solicitud de autorización se produzca. Tras la concesión de la autorización, el Presidente seguirá teniendo en su mano la decisión de ratificar, la decisión acerca de si empeña o no la responsabilidad internacional del Estado. El voto del Congreso concediendo la autorización no implica la obligación por parte del Presidente de ratificar el tratado, si bien su denegación impediría la prestación definitiva del consentimiento. Se observa en todo el proceso una posición dominante del Presidente, constitucionalmente querida, a la que puede llegar a unirse un abuso de esa posición que deje fuera de juego al legislativo en caso de que el Ejecutivo decida ratificar el pacto sin solicitar la autorización previa. En ese caso, el abuso de su posición preferente por parte del Ejecutivo, hallaría su réplica en una eventual declaración de inconstitucionalidad del tratado por vicios formales.

25. Dado que la Constitución Brasileña no exige la adaptación o transformación del tratado al ordenamiento interno, es de suponer que una vez que se produce la ratificación por parte del Estado y concurriendo la entrada en vigor internacional del pacto, el signatario queda obligado a respetarlo frente a los co-signatarios, derivándose, a partir de ese momento, obligaciones y responsabilidad internacional en caso de incumplimiento. Pero esta suposición no es totalmente

44 PEROTTI, A. D.: *Ibidem.*, p. 55.

45 Se hace notar que la naturaleza de la autorización, en ordenamientos como el español, en que también se requiere, no es incontrovertida. Véase al efecto la STC 155/2005 y las consideraciones realizadas en GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*. Op.Cit., pp. 338 y ss.

acertada. En el ordenamiento brasileño la eficacia interna del tratado no es automática tras la ratificación sino que se hace depender, en virtud de una costumbre constitucional sin reconocimiento normativo, de la promulgación del Tratado mediante un Decreto del Presidente de la República, que ordena su publicación, y que marca el momento de incorporación del tratado al ordenamiento nacional. La falta de exigencias constitucionales expresas al respecto provoca la polémica en torno a la naturaleza y efectos de este Decreto presidencial.

El Supremo Tribunal Federal reconoce a esta disposición del Ejecutivo nacional carácter “constitutivo” de la eficacia del tratado (STF ADI 1480 MC/DF, CR 8279/AT, HC 84796 MC/PE), y define la incorporación del tratado al sistema interno de fuentes como acto subjetivamente complejo, en que concurren las voluntades homogéneas del Congreso Nacional y del Presidente de la República (ADI 1480 MC/DF STF, CR 8279/AT). Además el STF, por boca del Ministro Celso de Mello, asegura que los efectos del Decreto son “a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno” (ADI 1480 MC/DF).

Pero la doctrina no admite de forma unánime tal jurisprudencia. De un lado, en línea con las formulaciones del STF, hay quien defiende que la eficacia interna de los tratados internacionales sólo dependerá de la promulgación, porque la misma traduce la voluntad presidencial de que el tratado resulte aplicable en Brasil y porque la publicidad que supone la promulgación es imprescindible para habilitar el cumplimiento de la norma convencional internacional por parte de los poderes públicos y de los particulares, y la garantía de su vigencia por parte del poder judicial.⁴⁶ De otro lado se sitúan quienes afirman que la voluntad de obligar al Estado por medio del acuerdo internacional se manifiesta en el mero acto internacional de ratificación, con lo cual la promulgación y publicación del tratado en el DOU se produciría a los solos efectos de dotar de publicidad al texto del convenio.

Al primer planteamiento, en que coinciden doctrina y jurisprudencia del STF, y que adopta un sesgo marcadamente dualista se le pueden oponer dos objeciones. La primera es que conceder al Decreto naturaleza constitutiva de la eficacia interna del tratado deja en manos del Ejecutivo la posibilidad de aplicar un tratado que ya ha sido negociado, autorizado por las Cámaras y ratificado, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado a causa de un ejercicio abusivo de su posición dominante en relación con el treaty making power. La segunda es que

46 En este sentido se manifiestan ALBUQUERQUE MELLO, C.D.: *Curso de direito internacional público*, Op. Cit.

calificar de preceptiva la promulgación para que el tratado sea eficaz en un proceso de integración como el que afecta a Brasil en relación con el MERCOSUR, mina las bases de la propia integración, cuyos progresos quedarán en manos del Presidente de la Nación, y no de la voluntad de la organización internacional que es quien debe impulsar dicha integración.

En general sería más respetuoso con el orden internacional, y en concreto más eficaz para consolidar la integración económica del Cono Sur, considerar la promulgación y la publicación como actos materiales de carácter administrativo, a los que no se le puede conceder valor constitutivo a efectos de la recepción del tratado en el ordenamiento jurídico interno, aunque pudieran llegar a actuar como causa suspensiva de la eficacia interna plena del tratado.⁴⁷

5.3 A LAS RELACIONES ENTRE LAS FUENTES EXTERNAS Y LAS NORMAS CON RANGO DE LEY DE ORIGEN INTERNO

26. Lo más habitual es que quienes reflexionan sobre esta cuestión, se planteen el problema de la posición de las fuentes externas en el ordenamiento interno, pero cuando se procura dar respuesta a este problema se descubre que en realidad no importa la posición, sino la forma en que se resuelven las antinomias entre estas normas, o dicho de otro modo, no importa tanto declarar que la ley es superior al tratado o viceversa, sino analizar qué norma se aplica preferentemente cuando existe un conflicto y, como se ha visto y se dirá todavía, la aplicación preferente no siempre se traduce en superioridad jerárquica.

27. Una vez la Constitución se ha establecido como norma normarum, a ella le corresponde determinar las reglas de solución de conflictos entre disposiciones internas procedentes del mismo poder normativo (conflictos internormativos), normas internas originarias de distintos poderes normativos correspondientes a varios órdenes territoriales (conflictos interordinamentales), o entre normas internas y normas internacionales, en ese caso siempre procedentes de distintos poderes normativos (conflicto interordinamental).⁴⁸

Si se acude a un planteamiento de tipo general, las pautas de solución de antinomias podrán acudir a criterios de determinación de la validez de las nor-

47 PANIAGUA REDONDO, R.: "La recepción, publicación y rango normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español". *Revista Jurídica de Cataluña*, n. 4, 1991, p. 928.

48 GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*. Op. Cit., pp. 39 y 40.

mas -jerarquía y competencia- o a criterios de determinación de la aplicabilidad - especialidad, sucesión de normas en el tiempo o “desplazamiento” por razón de la naturaleza de la norma-. Pero al descender de la teoría a los textos constitucionales en vigor se observa que rara vez presentan pautas claras de solución de antinomias entre disposiciones internas y disposiciones internacionales y que sólo excepcionalmente fijan de forma indubitada la posición infralegal, supralegal o de identidad de rango legal de los tratados.

Es un principio constante del Derecho Internacional General la proclamación de la supremacía las fuentes internacionales sobre las meramente internas, pero las soluciones constitucionales raramente están en conformidad con este principio. En el mejor de los casos son tan ambiguas que dejan en manos del intérprete la determinación de la posición de las fuentes internacionales en el ordenamiento interno o, para ser más precisos, la determinación de las relaciones entre aquellas y las disposiciones con rango de ley.

Para eliminar esa ambigüedad, la fijación del tipo de relación que puede establecerse entre las normas internacionales y las leyes exige acudir a un doble criterio: por un lado el análisis de las consecuencias que tiene sobre la validez de las leyes anteriores la incorporación de un nuevo tratado, y por otro el examen de los efectos derivados de la aplicación de normas internacionales en relación con las normas internas sucesivas en el tiempo. Si el tratado posterior desplaza a la norma interna anterior sin derogarla, y a su vez presenta resistencia a ser derogada por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, la mayoría de la doctrina va a hablar de superioridad, o primacía de los tratados sobre las leyes, y por tanto de supralegalidad, aunque podría evitarse la calificación en este sentido, que no siempre es pacífica manifestando, simplemente, que se aplica preferentemente el tratado sobre la ley. Si el tratado desplaza la ley anterior y es desplazado por la ley posterior, funciona de forma idéntica a como lo hacen el resto de disposiciones exclusivamente internas, en cuyo caso no hay aplicación preferente del tratado, sino simple aplicación del criterio *lex posterior derogat priori*, debiéndose hablar, en ese supuesto, de identidad de rango entre convenios y leyes internas.⁴⁹

28. En el caso del **ordenamiento brasileño** su Constitución Federal no fija la posición de las fuentes internacionales en relación con las normas internas con rango de ley, ni establece pautas claras de solución de antinomias entre derecho interno y derecho internacional.

49 GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Ibidem*, pp. 93 y ss.

Ello obliga a la jurisprudencia, acudiendo a los criterios a que se ha hecho referencia, a establecer las pautas con arreglo a las cuales se relacionan las fuentes internas y las internacionales, pautas que se han visto modificadas a lo largo del tiempo y que, aún hoy, no pueden ser calificadas como de aplicación constante y unánime por parte de todos los jueces y tribunales, si bien existe una línea predominante bastante clara.⁵⁰

Si se tiene en cuenta que el desarrollo y generalización de los tratados como fuente del derecho interno y del derecho internacional se produce a partir de la segunda guerra mundial, es interesante remontarse a mediados del siglo XX para analizar la evolución que ha tenido desde ese período la jurisprudencia brasileña en el asunto que nos ocupa.⁵¹ Hasta finales de la década de los 50 el Supremo Tribunal Federal suele proclamar la prevalencia de los tratados sobre las fuentes internas, con especial contundencia si los pactos son posteriores en el tiempo (Sentencias del STF ACi 9587/DF; ACi 9593; ACi 9400; ACi 9594, RMS 5800). A pesar de ello no llega a afirmar de forma indubitada que los tratados sean normas supraleales, sino que tiende a otorgarles, pese a su aplicación preferente, rango idéntico al de la ley (STF ACi 9587/DF). Más tarde, y notablemente en la década de los 70 -durante el gobierno militar autoritario de Hernesto Geisel-, el Supremo Tribunal se adhiere a lo que podría denominarse “teoría dualista pura”,⁵² y en tal sentido se manifiesta favorable a la aplicación del principio *lex posterior derogat priori*, de forma que la disposición posterior en el tiempo, sea esta ley o tratado, deroga la anterior, pudiendo decirse que el Derecho Internacional Convencional no posee ningún valor añadido respecto de la ley en el sistema interno de fuentes del derecho (RE 80004/SE, HC 74383/MG). En esta nueva orientación jurisprudencial el Superior Tribunal de Justicia (STJ REsp 141.611/RJ, Resp 331022/RJ) y otros tribunales inferiores siguen la senda marcada por el Supremo Tribunal Federal.⁵³

Desde entonces, y de modo sorprendente, la jurisprudencia dominante del Supremo Tribunal apenas ha variado, manteniéndose la consideración sobre la pa-

50 Esta circunstancia es criticada por la doctrina, que además, considera la jurisprudencia al respecto relativamente escasa. Véase ALBUQUERQUE MELLO, C.: “O direito Internacional Publico no Direito Brasileiro”, *Op. Cit.*, p. 298.

51 Hace un recorrido exhaustivo por la evolución de la jurisprudencia brasileña PEROTTI, A. D.: “Brasil”, *Op. Cit.*, p. 140 y 141 y p. 156 y ss.

52 Véase en el epígrafe 8 de este mismo artículo las reflexiones sobre los sistemas monista y dualista.

53 Celso de Albuquerque Mello cuestiona el cambio en la línea jurisprudencial argumentando que se produce en un período de gobierno autoritario durante el que no se puede afirmar con plena seguridad que el Supremo Tribunal Federal fuese totalmente independiente. ALBUQUERQUE MELLO, C. D.: “O direito Internacional Publico no Direito Brasileiro”, *Op. Cit.*, p. 298.

ridad de rango e introduciéndose nuevos criterios para solucionar las antinomias (Sentencias del STF ADI MC 1347/DF, ADI 1480/DF, CR 8279/AT, RE 80004/SE). En este sentido es fundamental la sentencia del Supremo Tribunal Federal ADI nº 1.480-DF, que se toma como referencia de muchos pronunciamientos posteriores y que afirma la paridad de rango en estos términos:

os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.

Partiendo de esta identidad jerárquica entre tratados y normas internas con rango de ley, el mismo pronunciamiento fija los principios de sucesión normativa o de especialidad como criterios de solución de antinomias.

A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade.⁵⁴

Pero la utilización de cualquier de los dos principios deviene problemática para solventar las antinomias entre normas externas y normas internas.

El criterio cronológico, cuya aplicación pudo resultar útil durante la década de los setenta como instrumento de una determinada política exterior aislacionista, no resulta tan eficaz a principios del siglo XXI, dada la sobreproducción normativa internacional y la necesidad de respetar los pactos internacionales para no incurrir en responsabilidad. Esta realidad es reflejada por el legislador brasileño en el art. 98 del Código Tributario Nacional de 1966 (CTN en adelante) que establece que los tratados y convenciones internacionales revocan o modifican la legislación tributaria interna, y serán observados por la que les sobrevenga. Este precepto acude al criterio de que el tratado tiene fuerza activa y fuerza pasiva⁵⁵ frente a la legislación interna, es decir modificará a las disposiciones que le precedan pero no será modificado por las que le sucedan, con lo cual no se aplicará siempre el principio de sucesión cronológica, sino exclusivamente cuando la disposición más reciente sea el tratado internacional, que una vez incorporado al ordenamiento sufre una suerte

54 En el mismo sentido véanse STF CR 8279/AT, RTJ 70/333, RTJ 100/1030 y RT 554/434.

55 DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional, Sistema de fuentes*. Op. Cit., pp. 111 y ss.

de “inmunización” que le permite resistir los “embates” de la normativa interna posterior. Por extensión se aplica tal disposición no sólo a los tratados de contenido tributario, sino también a pactos de naturaleza diversa que contengan cláusulas relativas a tributación (como el ALALC –convenio de integración económica-, sentencias del STF RE 75962/GB, RE 90150, RE 90824/SP; y STJ REsp 104566/SP, entre otros), así como a determinadas disposiciones del GATT (STJ REsp 1532/SP). No obstante, la aplicación de este precepto no es ni mucho menos uniforme ni pacífica, puesto que el STJ restringe, en muchas ocasiones, la aplicación de lo previsto en el art. 98 CTN a lo que denominan “tratados-contrato”, excluyendo del alcance de lo dispuesto en tal precepto a una buena parte de los convenios internacionales en materia tributaria (STJ STJ REsp. 34932/PR, REsp. 37065/PR, REsp. 196560/RJ, REsp 426945/PR).⁵⁶

La aplicación del criterio de especialidad supone que la norma internacional tendría el carácter de norma especial frente a la interna que sería considerada general, de manera que resultaría aplicable la norma especial sin que la validez de la norma general quedase afectada. El problema es que la jurisprudencia no aplica este criterio con carácter general sino sólo a determinados tratados y en función de su contenido material, dándose además la circunstancia de que los criterios determinantes de la especialidad de una norma internacional se alterarían en función del caso concreto, lo cual no va en aras, precisamente, de proteger la seguridad jurídica.⁵⁷ Un supuesto interesante se da en relación, de nuevo, con la prisión por deudas del depositario infiel. En muchos de los casos conocidos por el STF al respecto no sólo se aplica la Constitución de manera preferente sobre el tratado, sino que se estima que la legislación infraconstitucional de desarrollo de la previsión del art. 5. LXVII CFB no queda desplazada por el tratado porque ha de ser considerada ley especial frente a la general, que sería la disposición internacional, de manera tal que habrá de aplicarse la legislación interna de forma preferente frente al tratado (STF AI 546854/DF; HC 79.870/SP).

29. La conclusión que se extrae de la descripción de esta “deriva jurisprudencial” es que la tendencia general de los jueces y tribunales, salvo contadas excepciones, consiste en dar prioridad a la aplicación de las disposiciones estrictamente

56 Se ha hecho referencia a esta artificial distinción más arriba.

57 En este sentido puede analizarse la evolución jurisprudencial del Superior Tribunal de Justicia en relación con un mismo tratado, la Convención de Varsovia de 1925 sobre responsabilidad del transporte aéreo, que es considerada en unos casos ley especial -STJ REsp 658748/RJ- y en otros ley general -STJ REsp 235.678/SP-. Sucede lo mismo en los casos de extradición donde se considera que la ley interna es general, cediendo por ello su posición ante el tratado, que sería regla especial –a este respecto véase ANDREIUOLO RODRIGUES, M.: “Os Tratados Internacionais de Porteção dos Direitos Humanos e a Constituição”, *Op. Cit.*, pp. 166-.

internas de rango constitucional y de las normas con rango de ley sucesivas a los tratados internacionales o que pueden ser consideradas “norma especial” respecto del tratado. Hay pues una preferencia por la aplicación de la norma interna sobre la norma internacional.

La doctrina brasileña es menos uniforme que la jurisprudencia, existiendo autores que defienden y autores que critican la impostación mayoritaria de los jueces. Así las posiciones doctrinales van desde la consideración de la prevalencia de la ley, pasando por la estimación de la primacía de los acuerdos sobre la legislación interna, pese a una identidad de rango deducida de su equiparación total a la ley en lo que al control de constitucionalidad se refiere [véanse los arts. 102 I a) y III b), 105 y 109 CFB], hasta llegar a la justificación de una suerte de superioridad jerárquica de las fuentes internacionales amparada en la interpretación del preámbulo del texto constitucional, así como de los artículos 1.I, 4. I, III, IV, V y VII, 49, 84 y 178 CFB.⁵⁸ En cualquier caso la mayoría de las voces se pronuncian a favor de la aplicación preferente del tratado sobre la ley sin las limitaciones que la jurisprudencia impone. Esta posición se justifica por la conciencia de que la prelación de la ley subvertiría el orden jurídico derivado del respeto del principio *pacta sunt servanda*, del cual se deriva que sólo la denuncia del tratado permitiría evitar su aplicación al caso, principio recogido en el art. 10 del Convenio sobre tratados de la Habana de 1928⁵⁹ - “ningún Estado puede eximirse de las obligaciones del Tratado o modificar sus estipulaciones sino con el acuerdo, pacíficamente obtenido, de los otros contratantes”-, y en los arts. 27 y 46 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 que, pese a no haber sido ratificado todavía por Brasil se puede usar no obstante como pauta de interpretación conforme, porque este pacto tan sólo codifica la práctica uniforme de los estados en materia de tratados⁶⁰, o dicho de otro modo, no hace sino codificar reglas de Derecho Internacional General vigentes ya en Brasil.

58 PEROTTI, A. D.: “Brasil”, *Op. Cit.*, p. 157.

59 Promulgado por el Decreto n. 5647, de 8 de enero de 1929.

60 Se refiere a esta cuestión PEROTTI, A. D.: “Brasil”, *Op. Cit.*, p. 174

6 ¿QUE MECANISMOS DE CONTROL SE PUEDEN DETERMINAR PARA GARANTIZAR EL RESPETO A ESTOS DICTADOS CONSTITUCIONALES?

30. Las fórmulas de control de la acción exterior del Estado adoptan dos modalidades clásicas. El control político y el control jurisdiccional. En la medida en que la iniciativa y la mayor parte de las responsabilidades de desarrollo de la acción exterior del Estado corresponden al Ejecutivo, el control parlamentario efectuado a través de los mecanismos tradicionales de control (preguntas, interpelaciones, comparecencias en Pleno o en Comisión, etc.) o de los mecanismos específicos de intervención en materia internacional (autorización a la ratificación) adquiere una importancia muy notable, observación que se realiza dentro de la certeza de que los problemas que acucian al control parlamentario en las democracias contemporáneas pueden extenderse sin dificultad, e incluso pueden considerarse incrementados cuando se trata de controlar la política internacional.

31. Junto a ello, el control jurisdiccional también es contemplado como remedio frente a la aparición de antinomias en el sistema provocadas por la incorporación de fuentes internacionales. Los procedimientos de solución de conflictos normativos, así como la sede jurisdiccional en que se ventilará la cuestión dependerán de la respuesta que se haya dado en relación con los criterios de solución de conflictos interordinamentales.

32. Por lo que hace a los conflictos entre normas con rango de ley y tratados, caben dos opciones. En caso de que se considere que los tratados son normas con rango de ley, a efectos internos, los criterios que determinarán la aplicación preferente de la norma externa se situarán en el ámbito de las pautas de concreción de la aplicabilidad de la norma y no de su validez. Es decir, se tratará de resolver un problema de norma aplicable. En ese caso serán los jueces ordinarios los encargados de dirimir la controversia en la medida en que se trata de un problema de legalidad, y no de constitucionalidad, y para ello podrán aplicar los criterios cronológico, de especialidad o, quizá el más adecuado por respeto al principio *pacta sunt servanda*, el de preterición general de la ley interna cuando exista un tratado materialmente equivalente, anterior o posterior en el tiempo, al que se dará aplicación preferente.

Si se considera que los tratados poseen rango supralegal, el análisis jurisdiccional tendente a solventar la antinomia -que se encontrará muy cercano al control de constitucionalidad y al que podría darse el nombre de control de “convencionalidad”-, implicará que la solución de la controversia se calibrará en función de la aplicación del principio de jerarquía y supondrá la determinación de la validez o

invalidéz de la norma infraordenada, es decir de la ley nacional. En este caso podrían ser los jueces constitucionales los encargados de efectuar el control porque lo que se discute es un problema de validez de las normas nacionales, y su declaración de no ajuste al tratado no implicará un desplazamiento en la aplicación, sino una declaración de nulidad.

33. La solución a las antinomias entre tratados y Constitución siempre va a ser un problema de constitucionalidad, y por tanto, habrá de ser conocido por los jueces constitucionales. Si el tratado es considerado como norma de rango constitucional la solución de la antinomia pasa por procurar una interpretación integradora de ambos textos, o por aplicar una en detrimento de la otra y en virtud de la utilización de principios generales del derecho, como el principio “pro homine”, cuando se trate de integrar disposiciones relacionadas con los derechos fundamentales. Por su parte si los tratados son considerados normas infraconstitucionales la solución del conflicto pasa por someter la fuente convencional internacional a los procedimientos propios del control de constitucionalidad, cuya forma concreta dependerá del modelo de justicia constitucional ante el que se halle el convenio.

34. En los Estados con sistemas de control difuso de constitucionalidad, los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria van a realizar el análisis de ajuste de constitucionalidad de los tratados tras su entrada en vigor. Es decir siempre se tratará de un control a posteriori y al hilo de la solución de un caso concreto, con lo cual los efectos de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de las fuentes externas van a suponer la inaplicación de dichas fuentes al caso concreto. No obstante la limitación de los efectos, esta actuación de los poderes públicos nacionales podrá hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones contraídas internacionalmente, aunque se trate de un incumplimiento localizado y puntual.

35. En los Estados cuyo modelo corresponde al kelseniano de justicia constitucional concentrada, será competencia del Tribunal Constitucional determinar el ajuste constitucional de las fuentes externas, pudiéndose hacer efectivo tal control a través del control previo de constitucionalidad de tratados y el control sucesivo.⁶¹

61 En realidad nada obsta a que se pueda proceder al control del ajuste constitucional de los tratados a través de procedimientos cuyo objeto principal no sea el control de constitucionalidad de fuentes – como los procedimientos para dirimir los conflictos de distribución de competencias o de atribución de poderes, o los procedimientos de garantía de los derechos fundamentales, pero que, indirectamente, puedan poner de relieve una “antinomia” entre la Constitución y los pactos internacionales.

El control previo o a priori actúa sobre tratados que aun no han sido ratificados por el Estado, de manera que se tratará de un control abstracto de constitucionalidad, sin que ello le haga perder su carácter jurisdiccional. Junto a este rasgo definitorio puede decirse que se trata de un tipo de procedimiento flexible, porque se puede diseñar de modo que su interposición sea obligatoria o potestativa frente a todos o a una parte de los tratados que pretenden ratificarse. Pero quizá lo que hace más interesante este tipo de control son los efectos de los pronunciamientos que le ponen fin. Como el objeto del control es un tratado cuyo texto está definitivamente fijado, pero que no posee eficacia en relación con el Estado que pretende su firma al no haber sido aún ratificado, la declaración de inconstitucionalidad del mismo no supone la cesación de efectos, y la consiguiente generación de responsabilidad internacional, sino que va a llevar a la renegociación del tratado, a la introducción de cláusulas excepcionales o declaraciones interpretativas, a la no ratificación o a la reforma constitucional. Estos especiales efectos son los que permiten afirmar que su objetivo prioritario no es tanto garantizar la supremacía constitucional –objetivo básico indiscutible del control de constitucionalidad– como velar por la coherencia del sistema de fuentes que se abre a normas de origen externo que han de integrarse en el ordenamiento sin plantear antinomias a nivel constitucional. Por esta razón este tipo de control no se resuelve en un procedimiento contencioso, sino que se caracteriza por tratarse de un control de “tipo técnico” que se integra como una fase más del proceso interno tendente a la ratificación del tratado y que determinará de que modo ha de proseguir dicho trámite en virtud del ajuste o no del tratado al texto constitucional. El problema de este tipo de proceso es que la naturaleza apriorística enturbia el control con dos objeciones. La primera es que si el vicio de inconstitucionalidad del tratado es un vicio formal relativo al procedimiento de incorporación del pacto externo al orden jurídico interno que se produce tras la finalización del procedimiento de control previo, no podrá ser revisado por este procedimiento, como no podrán serlo los vicios de inconstitucionalidad sobrevenida por reformas constitucionales posteriores a la ratificación del tratado. La segunda es que, en muchos casos, los vicios de constitucionalidad no se hacen presentes al analizar el texto normativo en abstracto, sino cuando éste es aplicado evidentemente después de su ratificación e incorporación al ordenamiento.

36. También existe la posibilidad de someter el tratado a un control sucesivo cuyo objeto será depurar el ordenamiento de normas que se descubren contrarias a la Constitución una vez han entrado en vigor. Normalmente los tratados internacionales se someten a idénticos procedimientos de control de constitucionalidad que el resto de las normas con rango de ley y tales procedimientos pueden suponer el control abstracto de constitucionalidad o el control vinculado a la solución de

un supuesto concreto. El problema de este tipo de control a posteriori es que los efectos de las sentencias emparejan frecuentemente el binomio inconstitucionalidad-nulidad, lo cual implicaría que la norma externa declarada inconstitucional dejaría de ser eficaz, con alcance ex nunc, para los poderes públicos y ciudadanos del Estado y de esa inaplicación se derivaría la responsabilidad internacional por incumplimiento del Estado. La declaración de nulidad afecta a la naturaleza del tratado como norma interna, pero no a su dimensión externa, de modo tal que el tratado seguirá siendo una norma válida a efectos internacionales aunque el Estado haya dejado de aplicarla. Las eventuales soluciones a este inconveniente del control sucesivo pasan, o bien por mantener el control de constitucionalidad de tratados dentro de los procedimientos de control generales pero disociando los efectos de declaración de inconstitucionalidad y nulidad, o bien por establecer un modelo ad hoc de control sucesivo de constitucionalidad de los tratados que tenga en cuenta la doble naturaleza del tratado como norma de origen internacional y de eficacia interna e internacional, estableciendo unos adecuados efectos del pronunciamiento que le pondría fin.

37. Las dos fórmulas de control analizadas, el control previo y el control sucesivo, pueden ser combinadas en un mismo sistema,⁶² lo cual modularía un modelo teórico óptimo de control de las fuentes externas ya que no habría tratados que se escapasen al control de constitucionalidad. Tal afirmación se sostiene desde la consideración de que las naturalezas, y por tanto las finalidades del control previo y del control sucesivo son diversas, y desde la apreciación de que la combinación de ambas fórmulas neutraliza las desventajas que cada una de ellas presenta al considerarse aisladamente. Es decir, una adecuada convivencia de los modelos de control previo y de control sucesivo implica no una simple vigencia simultánea de los mismos, sino una coordinación de sistemas que pasaría por la corrección de los inconvenientes identificados en cada uno de los modelos.⁶³

38. Por último, en los **sistemas mixtos de control de constitucionalidad** que combinan los criterios del control difuso y del control concentrado de consti-

62 Sin ir más lejos el modelo de justicia constitucional que introduce la Constitución española de 1978 se considera objeto válido de control de constitucionalidad en todos y cada uno de los procesos (control previo de constitucionalidad, recurso de inconstitucionalidad –abstracto a posteriori–, cuestión de inconstitucionalidad –“concreto” a posteriori–) a los tratados internacionales, única fuente susceptible de ser sometida a todas las modalidades de control, en aplicación de las previsiones de los arts. 95 161.1.d) CE y art. 78 para el control previo y 27.2.c) LOTC, para el control sucesivo o reparador vía recurso o cuestión de inconstitucionalidad [art. 161.1.a) CE].

63 GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*. Op. Cit., p. 454.

tucionalidad, y entre los que se encuentra el brasileño que puede servir como paradigma de este sistema,⁶⁴ la competencia para controlar el ajuste se repartirá entre los jueces ordinarios y los jueces del órgano superior de la justicia constitucional que, en el caso de Brasil es el Supremo Tribunal Federal.⁶⁵

Así lo reconoce el propio tribunal en el pronunciamiento ADI 1480 MC/DF:

O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.

Así pues, el control de ajuste constitucional de los Tratados en Brasil se efectuará a través del:

- a. Control difuso de constitucionalidad, del cual podrán conocer todos los jueces y tribunales y, en última instancia, el Supremo Tribunal Federal en respuesta:
 1. A los recursos ordinarios frente a las decisiones de los tribunales superiores dictadas en resolución de procesos de protección de los derechos fundamentales, habeas corpus, habeas data, o mandados de injunção decididos en única instancia por esos tribunales superiores [art. 102.II.a) CFB].
 2. A los recursos extraordinarios frente a causas decididas en única o última instancia cuando la decisión recurrida pueda considerarse contraria a la Constitución [art. 102.III.a) CFB] o declare la inconstitucionalidad de un tratado [art. 102.III.b) CFB]
- b. Control concentrado de constitucionalidad que el Supremo Tribunal Federal conoce, básicamente,⁶⁶ mediante los procesos de acción direc-

64 Este tema ha sido estudiado en Brasil por ALBURQUERQUE MELLO, C.: *Direito Constitucional Internacional*, Renovar, Rio de Janeiro, 1994.

65 DA SILVA, J. A.: *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. Malheiros Editores. Brasil, 2002, p. 177.

66 El adverbio “básicamente” significa que el STF también puede llegar a conocer cuestiones vinculadas al ajuste de constitucionalidad de los tratados a través del resto de procedimientos de que conoce en única instancia, pero cuyo objeto principal no es el control de constitucionalidad de fuentes. Especialmente podrá hacerlo a través de las peticiones de medidas cautelares de las ações diretas de inconstitucionalidade [art. 102.I.p) CFB], la solución de litigios entre Estados extranjeros y/u organismos internacionales y la Unión [art. 102.I.e) CFB], las solicitudes de extradición internacional pasivas [art. 102.I.g) CFB], y la homologación de las sentencias extranjeras [art. 102.I.h) CFB].

ta de inconstitucionalidad de normas (ADIn) y acción declarativa de constitucionalidad (ADC) [art. 102.I.a) CFB]. Las dudas principales en relación con estos procedimientos se refiere al objeto de control, ya que hay quien considera que el tratado internacional es el objeto directo de control, frente a quienes opinan que la norma impugnada es la disposición nacional que autoriza, promulga o denuncia el tratado. En realidad a efectos prácticos poco importa cual sea formalmente la disposición impugnada, porque en caso de que lo sea la norma interna que favorece la incorporación del tratado al orden interno –decreto legislativo de autorización o decreto presidencial de promulgación-. Si ésta es declarada inconstitucional perdería efectividad automáticamente la incorporación en el orden interno, con lo cual el tratado, que obliga al Estado en razón de su ratificación internacional, no sería aplicable en el Estado, con lo cual se incurriría en responsabilidad internacional. En el supuesto de que fuese el propio tratado el declarado inconstitucional el efecto final sería el mismo, la “desaparición” del acto internacional del ordenamiento brasileño (STF ADI 1480 MC/DF). Ahora bien, en la medida en que una situación tal genera responsabilidad internacional por incumplimiento será preciso procurar la denuncia del tratado cuanto antes, siendo competente para ello el Ejecutivo, que fue quien tuvo la competencia para negociar y ratificar.⁶⁷

7 ¿QUÉ MODELOS DE APERTURA CONSTITUCIONAL A LAS FUENTES INTERNACIONALES PUEDEN DESCRIBIRSE?

39. El actual estado de desarrollo del Derecho Internacional, el grado de participación y la necesidad de integración de los Estados en la política y economía internacionales, obligan a los textos constitucionales a “abrirse” al orden internacional. Más allá de que las Constituciones reconozcan que la introducción de fuentes externas en el ordenamiento jurídico interno puede provocar el conflicto entre uno y otro orden, razón por la cual se establecen los mecanismos de control a los

⁶⁷ Esta facultad del Ejecutivo en relación con la declaración de inconstitucionalidad de los tratados introduce una diferencia con las consecuencias que se derivan de la declaración de inconstitucionalidad de una norma interna, en cuyo caso corresponde al Senado “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (art. 52, X CFB). Esta no es sino una manifestación más de la especial posición que el Ejecutivo tiene en relación con el *Treaty Making Power* nacional.

que se acaba de hacer referencia, los mismos textos fundamentales admiten que el Derecho Internacional puede “colaborar” con el derecho interno, completando sus dictados y llegando incluso allí donde los textos constitucionales no llegan.

Sistematizando la práctica presente en el Derecho Comparado, y utilizando parámetros racionales, pueden describirse dos categorías de cooperación entre fuentes internas –especialmente de rango constitucional- y fuentes externas. Debe apuntarse como premisa, no obstante, que estas categorías –da fácil distinción en el plano teórico-, no se identifican de forma tan nítida en la práctica, porque los intérpretes de la Constitución utilizan los mismos tratados internacionales unas veces en aplicación de una de ellas y otras en aplicación de la otra.

La primera permite la apertura de la Constitución y del ordenamiento interno hacia el derecho internacional como parámetro directo de control de constitucionalidad, de modo que el derecho internacional vendría a completar los dictados constitucionales mediante el reenvío expreso o implícito de la Constitución a fuentes externas. Esta interacción de las fuentes externas e internas permitiría a los órganos encargados de realizar el control de constitucionalidad resolver las dudas de ajuste de constitucionalidad – quizá fuese más apropiado hablar de ajuste de “convencionalidad”- de las fuentes internas utilizando como parámetro de referencia tanto la Constitución formal como los tratados a las que ésta haya hecho reenvío.

La segunda es una apertura “de menor intensidad” hacia el derecho internacional, pese a lo cual es mucho más importante porque afecta de modo transversal al ordenamiento. La misma consiste en considerar que los tratados son parámetro interpretativo en manos de los jueces ordinarios o de los jueces constitucionales de suerte que existiría una cláusula de utilización preferente de las fuentes internacionales para interpretar todo o parte del texto constitucional con arreglo a lo dispuesto en dichas disposiciones externas. Esta colaboración supone la introducción de un principio que podría denominarse “principio de internacionalidad” en la interpretación de la Constitución nacional, parámetro hermenéutico imprescindible en los ordenamientos que no deseen permanecer al margen de la evolución internacional del derecho, especialmente en ámbitos dignos de especial atención.⁶⁸

68 Incluso en algunos ordenamientos, como el español, es imprescindible acudir a él para el Tribunal Constitucional, porque existe un mandato expreso en el art. 10.2 CE al respecto. Véase GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*. Op. Cit., pp. 355 y ss., y SAIZ ARNAIZ, A.: La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos; el artículo 10.2 de la Constitución Española. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999.

40. En el ordenamiento constitucional brasileño, abierto al orden internacional ya desde el Preámbulo y tal y como se ha venido analizando,⁶⁹ se establece una apertura expresa al primero de los modos de colaboración, y podría presumirse la aplicación del “principio de internacionalidad”, a pesar de que no existe un mandato constitucional al respecto.

El reenvío tiene que ver con los tratados de derechos humanos. El art. 5.2 CFB establece que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do refime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Junto a este precepto el art. 109.5 CFB establece que

Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Ambas disposiciones pueden interpretarse en el sentido de que los tratados en los que se contengan derechos individuales serán capaces de ampliar el elenco de derechos constitucionalmente reconocidos, y por tanto capaces también de constituir parámetro de enjuiciamiento en los procedimientos de protección de derechos sean estos procesos de la esfera procesal constitucional o no lo sean. La Constitución se abriría así de forma nítida a un ámbito del derecho internacional fundamental, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁷⁰ Esto supone la incorporación del Derecho Internacional Convencional de derechos humanos como fuente directa de derechos subjetivos y la certeza de que la violación de estas fuentes externas implica una vulneración constitucional que podrá ser objeto de tratamiento judicial,⁷¹ pero no resuelve el problema de la relación de este derecho internacional especial con el derecho interno de rango constitucional con el que podría llegar a entrar en conflicto⁷² como, sin ir más lejos, sucede con el ya referido problema de la prisión por deudas.

69 PEROTTI, A. D.: “Brasil”, *Op. Cit.*, p. 49.

70 DA SILVA, J. A.: *Poder Constituinte e Poder Popular*. *Op. Cit.*, p. 195.

71 DA SILVA, J. A.: *Ibidem*, p. 195 y PIOVESAN, E.: *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*, *Op. Cit.* pp. 114 y ss.

72 A pesar de que, como se vio, una parte de la doctrina afirma que estos tratados se incorporan directamente al ordenamiento interno en el nivel de las normas constitucionales. Así, DA SILVA, J. A.: *Poder Constituinte e Poder Popular*. *Op. Cit.*, p. 196.

Tanto en lo que atañe a los tratados de derechos humanos, como a los que no afectan directamente a derechos fundamentales, el STF se muestra reticente a utilizarlos como parámetro directo de constitucionalidad de las fuentes internas con rango de ley, argumentando que la inconstitucionalidad que debe constatar en el acto normativo impugnado no puede hacerse depender del análisis de contraste entre dicho acto y un tratado internacional, cuyo rango es infraconstitucional (ADI 1347 MC/DF). No obstante no descarta que se utilicen los mismos tratados como parámetro de control de legalidad de reglamentos o actos administrativos, supuesto en el cual, en cualquier caso, no se estaría ya ante un control de constitucionalidad que hubiera de conocerse a través del procedimiento de control concentrado, sino en sede de la jurisdicción ordinaria y a través de los procedimientos comunes de control de legalidad (ADI 1347 MC/DF, ADI 531 AgR/DF; ADI 365 AgR/DF)

Por otro lado en el ordenamiento brasileño no existe una disposición constitucional que exija a los jueces y tribunales la aplicación del “principio de internacionalidad” pero, en la medida en que existe un reenvío a las normas internacionales de Derechos Humanos, cabe suponer que tal reenvío comprende la obligación de someter la interpretación de las normas constitucionales a las disposiciones internacionales, y especialmente a la interpretación que de ellas hagan los Tribunales internacionales creados al efecto, ya que si cabe abrir el texto de la Constitución a fuentes internacionales, por qué no iba a poderse adaptar la interpretación de la Constitución a las mismas fuentes, máxime cuando entre los principios que deben regir las relaciones internacionales de Brasil se encuentra el de prevalencia de los derechos humanos (art. 4.II CFB).⁷³ En este sentido parece ir el pronunciamiento del STF en la ADI 1675 MC/DF:

A Convenção 126 da OIT reforça a argüição de inconstitucionalidade: ainda quando não se queira comprometer o Tribunal com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, o mínimo a conferir-lhe é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação.

73 GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: “Los Tratados Internacionales como objeto y parámetro de control de constitucionalidad y la Constitución Política de Ecuador”, en *Derecho procesal constitucional*. Pablo Pérez Tremps (Dir), Corporación Editora Nacional/Instituto de Derecho Público Comparado, Quito (Ecuador), 2005.

8 EL PAPEL DE LAS TEORÍAS CLÁSICAS Y DE LOS JUECES EN LA FIJACIÓN DE UN MODELO DE RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

41. Todavía es muy frecuente encontrar entre los investigadores especializados en derecho constitucional, derecho internacional, o “derecho constitucional internacional”⁷⁴ denodados esfuerzos por clasificar los ordenamientos jurídicos nacionales en una de los dos modelos teóricos clásicos surgidos en los albores del siglo XX que explican las relaciones entre las fuentes internas y las fuentes externas.⁷⁵ Estas dos grandes teorías⁷⁶ son el monismo⁷⁷ y el dualismo o pluralismo.⁷⁸

El modelo monista establece el dogma de la unidad de ordenamientos que implica que el orden jurídico internacional y el orden nacional se integran en un ordenamiento jurídico universal, razón por la cual no sólo poseen los mismos sujetos, objeto y fuentes,⁷⁹ sino que además todas las fuentes internacionales se incorporan directamente al ordenamiento interno una vez adquirieran vigencia internacional. Esta doctrina se divide en dos corrientes que se distinguen por el tipo de relaciones que describen entre las fuentes de ese “ordenamiento universal”. Según el monismo nacionalista, ha de proclamarse la superioridad de los órdenes internos sobre el internacional, mientras que el monismo internacionalista proclama la superioridad del orden internacional.

Por su parte el dualismo considera que existen dos sistemas separados, el nacional y el internacional, que conforman círculos tangentes que no se interseccionan, de manera que el derecho internacional vincularía sólo al Estado y no a los sujetos de este último, circunstancia de la que se deriva la necesidad de que la norma de Derecho Internacional sea transformada en – recibida como o adaptada a – una norma de derecho interno, porque de otro modo la disposición internacional, pese a ser internacionalmente válida, no será aplicada por los jueces nacionales a

74 ALBURQUERQUE MELLO, C.: *Direito Constitucional Internacional*, Op. Cit.

75 En este sentido, por ejemplo Mauricio Andreiuolo, que afirma que la cuestión monismo versus dualismo, es un asunto todavía actual. ANDREIUOLO RODRIGUES, M.: “Os Tratados Internacionais de Porteção dos Direitos Humanos e a Constituição”, *Op. Cit.*, p. 161.

76 A las que se refiere el autor brasileño GRANDINO RODAS, J.: *Tratados Internacionais*, ítem n.8, RT, 1991, p. 17.

77 Entre cuyos teóricos destaca HAN Kelsen que lo pone de manifiesto en obras como *Teoría General del Derecho y del Estado*. Op. Cit., p. 457, o “La transformation de droit international en droit interne”. *Révue Générale de Droit International Public*, 1936, pp. 35 y ss.

78 Defendido en Alemania por TRIEPEL, H., *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899, y en Italia por ANZILOTTI, D., *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna 1905,

79 Vide Kelsen, H.: “La transformation du droit international en droit interne”. *Op. Cit.*, pp 35 y ss.

las relaciones entre particulares.⁸⁰ Todo ello indica que en un sistema dualista el tratado internacional no vincula directamente más que al poder legislativo, obligado a elaborar una norma, generalmente con rango de ley, que incorpore el tratado internacional al ordenamiento jurídico interno, de modo tal que semejante orden de ejecución sirva de puente de comunicación entre esos dos círculos tangenciales del derecho interno y el derecho internacional.⁸¹

42. Estas teorías ofrecen una notable ventaja didáctica y un indudable interés histórico, pero la cuestión es que semejantes formulaciones teóricas apenas pueden identificarse con carácter puro en ningún ordenamiento, sino que en todos y cada uno de ellos pueden encontrarse instrumentos de articulación de las fuentes internas y las fuentes internacionales que se aproximan tanto a una teoría como a otra. Estas formulaciones teóricas, preconcebidas y apriorísticas,⁸² no explican toda la complejidad de los sistemas y es que a principios del siglo XXI, casi un siglo después de que consolidasen las doctrinas apuntadas, la morfología del sistema de fuentes internacional ha cambiado sustancialmente, pasándose de un sistema en que predominaban las fuentes de derecho internacional general a otro en el que se propugna la codificación y por tanto se considera el derecho internacional convencional como grupo normativo prioritario.⁸³ Además ha hecho su aparición el derecho internacional de integración, que obliga a los Estados que lo asumen a someterse con un mayor grado de cesión de soberanía a los dictados de este ordenamiento, sumisión que impide la aplicación de los modelos monista o dualista, sencillamente porque no encajan en el planteamiento integracionista.

Los textos constitucionales van a recoger la opción del constituyente relativa a un modelo de relaciones entre las fuentes internas y las fuentes internacionales, pero sin situarse necesariamente en una u otra impostación teórica y algunos elementos destacados de ese modelo llevarán a los teóricos a elaborar su exégesis del sistema desde una perspectiva o desde la opuesta, con lo cual casi cualquier dato normativo, casi cualquier disposición constitucional podrá ser interpretada tanto desde el enfoque de la unidad como de la pluralidad de ordenamientos. Dicho de otro modo los datos legislativos positivos de los ordenamientos estatales son absolutamente neutrales, porque lo único que resulta determinante para clasificar

80 STROZZI, G.: *Il diritto dei trattati*. G. Giappichelli Editore. Torino, 1999, p. 131

81 ANDREIUOLO RODRIGUES, M.: “Os Tratados Internacionais de Porteção dos Direitos Humanos e a Constituição”, *Op. Cit.*, pp. 162.

82 WILDHABER, L.: *Treaty-Making Power and Constitution*. Helbing and Lichtenhahn. Basel und Stuttgart, 1971.

83 CAÑADO TRINIDADE - *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Op. Cit., p. 22- califica de polémica clásica, estéril y ociosa la discusión entre dualistas y monistas.

a un ordenamiento dentro de una u otra corriente, es la solución teórica escogida por el intérprete para definir las relaciones entre Derecho internacional y derecho interno.⁸⁴

43. La **doctrina mayoritaria brasileña** se adhiere a la posición monista⁸⁵ así como una buena parte de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (RE 24006, Rp 803/DE, RE 71154/PR), porque esta es la corriente que se impone después de la Segunda Guerra Mundial, con lo cual interpretan los preceptos constitucionales que hasta aquí se han venido refiriendo desde esta perspectiva. Dentro de esta concepción mayoritaria una parte de esa doctrina concede prioridad al derecho internacional, mientras que otra se lo concede al derecho interno tal y como se ha referido.

No obstante una posición dualista moderada minoritaria⁸⁶ estima que puede calificarse de dualista el modelo brasileño y ello porque el decreto presidencial que promulga el tratado internacional actuaría como instrumento de adaptación de la fuente externa al orden interno, y sería imprescindible para dotar de validez interna a dicha fuente internacional. Esta posición también es acogida por el propio Supremo Tribunal Federal tal y como se observa en el siguiente fragmento de su pronunciamiento CR 8279/AT:

Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo tenha sido qualificada por CHARLES ROUSSEAU (...) como mera “discussion d’école”, torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloquente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno (...). Não obstante tais considerações, impende destacar que o tema concernente à definição do momento a partir do qual as normas internacionais tornam-se vinculantes no plano interno excede, em nosso sistema jurídico, à mera discussão acadêmica em torno dos princípios que regem o monismo e o dualismo, pois cabe à Constituição da República - e a esta, somente - disciplinar a questão pertinente à vigência doméstica dos tratados internacionais. Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro - que

84 Defiende esta posición LA PERGOLA A.: “La transformación del Derecho Internacional en derecho interno y la teoría de Hans Kelsen”. *REDI*. 1961, vol. XXIV, p. 470. Desarrolla esta idea a lo largo de todo el artículo, pero profundiza en esta línea de pensamiento en su obra principal sobre esta cuestión *Constitución del Estado y normas internacionales*. UNAM. México, 1985.

85 Por todos ellos ANDREIUOLO RODRIGUES, M.: “Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição”, *Op. Cit.*, pp.164; DA SILVA, J. A.: *Poder Constituinte e Poder Popular*. *Op. Cit.* p. 195 y PIOVESAN, E.: *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*, *Op. Cit.* pp. 114 y ss.

86 ALBUQUERQUE MELLO, C.: “O §2º do art. 5º da Constituição Federal”, *Op. Cit.* pp. 21 y 22

não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) - satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de iter procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada).

44. En cualquier caso, lo determinante no va a ser tanto la calificación doctrinal que se haga del modelo, sino los efectos que los jueces y tribunales puedan derivar de tal calificación o de los preceptos constitucionales relativos a la incorporación y relación de las fuentes externas con el ordenamiento interno. Finalmente va a ser la actitud de los jueces, favorable a la máxima apertura del derecho interno al internacional o la actitud de defensa férrea del orden interno frente a las innovaciones procedentes del derecho internacional la que determinará de modo más realista la posición del ordenamiento interno en relación con el internacional, la situación de primacía de las normas internas o de las normas internacionales allí donde no haya dicción constitucional expresa.

Apenas unos ejemplos ilustran esta afirmación.

En España, con un control de constitucionalidad de tratados concentrado, prevalece un cierto self restraint por parte del juez constitucional que procura forzar la interpretación conforme entre tratados y Constitución a sabiendas de que, tal y como están diseñados los procesos de control, en la mayoría de los casos la declaración de inconstitucionalidad va a llevar aparejada la automática ineficacia del tratado y la consiguiente responsabilidad internacional por incumplimiento, o, en el mejor de los casos, va a forzar la renegociación o denuncia del tratado, con las dificultades que eso genera. Al mismo tiempo el Tribunal Constitucional español utiliza de forma clara, expresa y recurrente el derecho internacional de los derechos humanos como pauta interpretativa de los derechos contenidos en la Constitución Interna. Así puede definirse que es el Tribunal el que marca una apertura al derecho internacional por la vía interpretativa y una cierta precaución a desvelar conflictos claros entre tratados y Constitución que lo obliguen a tomar partido por la supremacía de uno o de otro.

En los sistemas de control difuso, como en Estados Unidos, en la medida en que la declaración de inconstitucionalidad sólo implica la inaplicación del tratado en el caso concreto, los jueces son más propensos a pronunciarse contra la constitucionalidad del tratado, porque son conscientes de que las consecuencias internacionales serán de menor calado.⁸⁷ Además, también en Estados Unidos, la

87 WILDHABER, L.: *Treaty-Making Power and Constitution*. Op.Cit.

apertura de la Supreme Court al derecho internacional o sencillamente al derecho extranjero es muy pequeña,⁸⁸ de modo que podríamos decir que el sistema es un sistema en que cala poco el derecho internacional y en el que se da primacía clara al derecho interno.

En Brasil son pocos los casos en que el Supremo Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de un tratado internacional y los jueces ordinarios también son tímidos al respecto (STF Rp 803/DF, en que declara inconstitucional algunas disposiciones de la Convención n° 110 de la OIT).⁸⁹ Se trata de un tema poco analizado por los jueces, omisión que muestra el escaso papel que las relaciones internacionales juegan en la vida “ordinaria” de los poderes públicos de Brasil y de sus ciudadanos. Y a ello se añade que, cuando el tema es tratado, en muchas ocasiones se pone de manifiesto la priorización de la ley interna frente al tratado, tal y como se ha venido analizando, con lo cual se dan a menudo desconexiones entre la vigencia interna y la internacional del tratado, con el devengo de responsabilidad internacional del Estado que eso supone.⁹⁰

En cierto modo podría decirse que, pese a las proclamaciones internacionales y al diseño teórico y formal del modelo de integración de las fuentes externas en el ordenamiento brasileño, los jueces no acaban de reconocer la apertura internacional de ese ordenamiento que la Constitución parece proclamar. Ahora es preciso esperar y ver si la enmienda 45 trae como consecuencia la modificación de esa línea jurisprudencial prioritaria, y la consiguiente apertura de los jueces brasileños, a las normas internacionales.⁹¹

88 Esta cuestión, del uso del derecho internacional y el Derecho Comparado, como parámetro de referencia susceptible de ser utilizado por la *Supreme Court*, se ha replanteado entre la doctrina norteamericana tras la sentencia del caso *Roper v. Simmons*, 125 S. Ct. 1183, 1199 (2005).

89 ALBURQUERQUE MELLO, C.: “O direito Internacional Publico no Direito Brasileiro”, *Op. Cit.* p. 306.

90 ALBURQUERQUE MELLO, C.: “O §2º do art. 5º da Constituição Federal”, *Op. Cit.* pp. 21 y 22

91 ALBURQUERQUE DE MELLO, C.: *Ibidem*, p. 28